Das eigene Verschulden ein Verschulden gegen sich selbst oder gegen Dritte.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Schumann
Gerichtsreferendar aus Kassel.

MARBURG 1932

Buchdruckerei von Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 19. Dezember 1931.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Fr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0117

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Einleitung.	9—10
Das eigene Verschulden:	
1. Kapitel.	
§ 2. a) Die objektive Seite des Begriffs.	10—24
§ 3. b) Die subjektiven Voraussetzungen.	24—32
§ 4. c) Die Beeinflussung der Ersatzpflicht durch das eigene Verschulden.	33—35
2. Kapitel.	
§ 5. Die Bedeutung der Vorschrift des § 254 Abs. 2, Satz 2.	35—48
3. Kapitel.	
§ 6. Die Beweislast beim eigenen Verschulden.	48—51
4. Kapitel.	
§ 7. Das eigene Verschulden gegenüber der Haftung aus Reichshaftpflichtgesetz § 1.	51—54

Literaturverzeichnis.

A) Kommentare, Lehrbücher, Monographien u. a.

Bienenfeld: in Seuff. Bl. Bd. 68, S. 489 ff.: „Eigenes Verschulden oder Mitverschulden des Verletzten kann auch im Falle seiner zivilrechtlichen Unverantwortlichkeit Ersatzansprüche für ihn ausschließen oder einschränken".

Binder: in Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Besprechung von Entscheidungen S. 164 ff., Leipzig 1902.

Cohn: Untersuchungen zu § 254 BGB in Gruchot 43 S. 96 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen, 4. Aufl. Jena 1904, 5. Aufl. Jena 1910.

Croissant: Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit, ein Streifzug auf dem Gebiete des Haftpflichtgesetzes, Straßburg 1893.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Einleitung und allgemeiner Teil, Tübingen, Leipzig 1900.

Dernburg: Schuldverhältnisse, 2. Band, 1. Abteilung, Halle 1899.

Dronke: Pflicht eines Verletzten, sich ärztlicher Behandlung zu unterziehen, eisenbahnr. Entscheidung, Band 22, S. 90 ff., 209 ff.

Dronke: Eigenes Verschulden, eisenbahnr. Entsch. Band 25, Sonderheft S. 33 ff.

Dungs: : 3 Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen in Gruchot 54, S. 549 ff.

Eger: Das Reichshaftpflichtgesetz, 5. Aufl., Hannover, 1900.

Endemann: Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten, Berlin 1893.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band: Einleitung — Allgemeiner Teil — Schuldverhältnisse, 8. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung, 31.—35. Auflage, Marburg 1930.

Entwurf eines Bürgergerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Lesung, amtliche Ausgabe, Berlin, Leipzig, 1888.

Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB, Berlin 1902.

Feuchtwanger: Kritik in JW 31, S. 1464 zur Frage der Operationspflicht.

Fischer: Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens. München 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.

Freytag: Mitwirkendes Verschulden von Hilfspersonen, Diss., Marburg 1926.

Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen, Berlin 1903.

Grünebaum: Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Beschädigten, JW 08, S. 97 ff.

Hedemann: in den Grundrissen der Rechtswissenschaft, Schuldrecht, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1931.

Jans: Das eigene Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen im § 254 BGB. Diss., Erlangen 1929.

Kahn: Kulpakompensation und Gehilfenhaftung. Arch. Bürgl. R. 34. S. 350 ff.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Teil, Schuldrecht, Berlin 1906.
Kohler: Technik der Gesetzgebung, Arch. Ziv. 96, S. 345 ff.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
Krückmann: Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, Jahrb. Dogm. 55, S. 1 ff.
Landsberg: in JW 1920, S. 965, Kritik zu Nr. 4.
Leonhard: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit in den Festgaben für Enneccerus, Marburg 1913
Leonhard: Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl., Berlin 1926.
Leonhard: Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 10. Abteilung, 2. Teil, 1. Band; München, Leipzig 1929.
von Leyden: Die sogenannte Culpa-Compensation im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902.
von Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
Litten: Die Ersatzpflicht des Tierhalters, Berlin 1905.
Manigk: Kritik zur ERG in JW 28, S. 398, Nr. 3.
Meyer: Beitrag zu §§ 831, 840, Recht 1911, S. 153.
Mezger: Lehrbuch des Strafrechts, München, Leipzig 1931.
Nußbaum: Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB in den Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien, Heft 1, veröffentlicht von Ebering, Berlin 1898.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abtlg., 5. Aufl., Berlin 1928.
Oertmann: Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, Seuff. Bl. 74, S. 573 ff.
Pfizer: Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren in DJZ 04, S. 712 ff.
Planck: Kommentar zum BGB, 2. Band 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse. Allgem. Teil, 4. Auflage. Berlin 1914.
Protokolle: der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB; 1. Band 1897, 6. Band 1899 Berlin.
Przibilla: Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen in JW 09 S. 179 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGK) §§ 1—432, Berlin, Leipzig 1928.
Rosenberg: Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, Berlin 1923.
Rospatt: Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden, Recht 02, S. 96 ff.
Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Arch. Ziv. 90, S. 171 ff.
von Rutz: über die Aenderungen am Reichshaftpflichtgesetze, Seuff. Bl. 64, S. 81 ff.
Schläger: Operationspflicht, LZ 1931, S. 680.
Schmidt: Unechte Solidarität, Jahrb. Dogm. 72, S. 1 ff.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil, Kommentar, München 1900.
Schroeder: Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im 2. Absatz des § 254 des BGB. Arch. Ziv. 95, S. 298 ff.
Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil Kommentar §§ 241—432, 9. Auflage, München, Berlin, Leipzig 1930.
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.
Warneyer: Kommentar zum BGB, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1930.

Wendt: Eigenes Verschulden, Jahrb. Dogm. 31, S. 137 ff.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB, München 1905.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.
Zitelmann: Operationsverweigerung und eigenes Verschulden, Arch. Bürgerl. R. 40, 213 ff.

B) Entscheidungssammlungen und Zeitschriften:

Archiv für Bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann, (Arch. Bürgl. R.)
Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Prof. der Tübinger Juristenfakultät (Arch. Ziv.)
Blätter für Rechtsanwendung, gegründet von Seuffert und Glück, herausgegeben von Staudinger (Seuff. Bl.)
Deutsche Juristenzeitung (DJZ).
Eisenbahnrechtliche Entscheidungen deutscher und österreichischer Gerichte, bearbeitet und herausgegeben von Eger.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Gruchot (Gruchot).
Jherings Jahrbücher für Dogmatik (Jahrb. Dogm.)
Juristische Wochenschrift: (JW).
Juristische Rundschau mit Beilage: Die höchstrichterliche Rechtsprechung (Jur. Rdsch.)
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Herausgeber Mugdan, Falkmann (OLGE).
Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Entscheidung des Reichsgerichts für Zivilsachen (RGZ).
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuff. Arch).
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, Ergänzungsbände.

§ 1. Einleitung.

Der Lehre vom eigenen Verschulden liegt der Gedanke zugrunde, daß die Pflichten des Schädigers gegenüber dem Geschädigten nicht voll aufrecht zu erhalten sind, wenn das Verhalten des letzteren zu dem Schaden beigetragen hat. Dem Rechtsempfinden widerspricht es, wenn der Ersatzanspruch bestehen bleiben würde. Die von der Rechtsordnung gebilligte Befugnis, einen Ausgleich für erlittenen Schaden zu erlangen, würde bei einer solchen Rechtslage ihren Zweck nicht erfüllen. Man würde einen Zustand schaffen, der nicht Wiedergutmachung, sondern eine unbillige Belastung auf Seiten des Verletzers bedeutete. Diese Gefahr hat man denn auch schon in früheren Rechtssystemen zu beseitigen versucht. So lehrten die römischen Juristen, daß dort, wo durch eigene Schuld der Schaden herbeigeführt sei, von einer Ersatzpflicht nicht die Rede sein könne. Ausnahmen ließ man nur für solche Fälle zu, in denen der Schaden vorsätzlich zugefügt wurde und den Beschädigten geringeres Verschulden traf. Hier blieb der Schadensersatzanspruch bestehen. Das preußische allgemeine Landrecht hatte seinem Grundcharakter entsprechend durch kasuistische Vorschriften eine Regelung geschaffen [1]). Alles dies läßt erkennen, daß man früher die Bedeutung des eigenen Verschuldens nicht unterschätzt und rechtlich zu erfassen sich bemüht hat. Auf der anderen Seite aber können in den älteren Rechtssystemen Mängel festgestellt werden, die nicht unbedenklich sind. Es zeugt von einer gewissen Einseitigkeit, wenn man im römischen und auch im gemeinen Rechte selbst bei grobfahrlässigem Verhalten des Schädigers von einer Ersatzpflicht gänzlich absah, falls der Verletzte durch Vernachlässigung seiner Sorgfalt mit zur Entstehung des Schadens beigetragen hatte. Bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde der Lehre vom eigenen Verschulden Rechnung getragen und eine entsprechende Vorschrift in den Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse aufgenommen. Die Unzulänglichkeiten älterer Rechtsauffassungen suchte man zu beseitigen, indem man der Definition in § 254 eine feinere Fassung gab. Beispielsweise dadurch, daß die Umstände bei der Beurteilung der Schadensersatzpflicht in Betracht zu ziehen sind, ist eine genauere Berücksichtigung einzelner Fälle wesentlich erleichtert. Aber trotzdem genügte der gesetzliche Hinweis vielfach nicht, um eine billige und gerechte Entscheidung zu finden. Deshalb ist über das Gebiet des § 254 eine

[1]) Vgl. auch Dernburg § 32; Enneccerus-Lehmann § 12.

umfangreiche Literatur und Rechtsprechung entstanden. Zu besonders umstrittenen Punkten im Gebiete des § 254 gehört neben anderen die Frage über die rechtliche Natur des eigenen Verschuldens. Die Meinungen gehen darüber auseinander, ob das eigene Verschulden sich gegen den Schädiger oder gegen sich selbst richtet. Die Entscheidung dieser Frage in dem einen oder dem anderen Sinne ist nicht nur von terminologischer Bedeutung, sondern auch für die praktischen Folgerungen von größter Wichtigkeit. Unsere Aufgabe wird es sein, die einander gegenüberstehenden Auffassungen zu würdigen und zu einem dem Gesetze und der Billigkeit entsprechenden Ergebnis zu gelangen.

Das eigene Verschulden.

1. Kapitel.

§ 2.

a) die objektive Seite des Begriffes.

Bei einer näheren Untersuchung ist zunächst von der gesetzlichen Formulierung auszugehen. Hierbei kann festgestellt werden, daß sich die Bezeichnung „eigenes Verschulden" zwar nicht in § 254, der doch für den Begriff von maßgebender Bedeutung ist, wohl aber in anderen gesetzlichen Bestimmungen z. B. §§ 278, 351 BGB. findet. Damit ist aber nicht gesagt, daß hier überall dasselbe gemeint ist wie in § 254. Vielmehr handelt es sich in §§ 278 und 351 um Fälle, in denen der Schuldner, der ein Verhalten anderer wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, mit einer Haftpflicht belastet wird, während in § 254 ein eigenes Verschulden den trifft, der einen Ersatzanspruch geltend zu machen vermag. Auf die Ausdrucksweise des Gesetzes und die damit verbundene Bedeutung ist auch von verschiedener Seite hingewiesen und ein anderer Sprachgebrauch wie „mitwirkendes" oder „konkurrierendes" Verschulden für das Verschulden des Verletzten in § 254 gefordert worden. Doch da das Reichspostgesetz in § 6 und das Reichshaftpflichtgesetz in § 1 den Ausdruck „eigenes Verschulden" für die Fälle gebraucht, die auch dem § 254 zugrunde liegen, ferner die Wissenschaft[1]) bei der Bezeichnung „eigenes Verschulden" nur die Fälle des § 254 im Auge hat, mag gegen diese Bezeichnung nichts weiter eingewandt werden.

Die Frage des eigenen Verschuldens hat für das Recht des BGB bei Zitelmann[2]) eine eingehende Erörterung gefunden. Seine Ausführungen sind maßgebend geworden für eine Reihe von Schriftstellern und für Entscheidungen der Praxis. Zitel-

[1]) Vgl. Rümelin S. 311.
[2]) Allgemeiner Teil S. 152, 166 ff.

mann unterscheidet das Verschulden des Haftenden streng von dem des Berechtigten, des Beschädigten. Dieser habe durch ein bestimmtes Verhalten den Schaden entweder völlig oder teilweise mit herbeigeführt. Die Unterschiede lägen hierbei im Objekt der Beschädigung. Eigenes Verschulden richte sich gegen den Verletzten selbst, fremdes Verschulden gegen einen Dritten. Zum Ausdruck gelange diese Gegenüberstellung am besten in den Bezeichnungen „Verschulden gegen sich selbst" und „Verschulden gegen andere". Inhaltlich würde im letzteren Falle gegen eine Rechtspflicht, die also zum Schutze Dritter bestehe, sei es auf vertraglicher oder „nur gesetzlicher" Grundlage verstoßen. Beim Verschulden gegen sich selbst käme lediglich eine Voraussetzung in Wegfall, von der die Rechtsordnung, ohne das gegenteilige Verhalten zu befehlen, positiv rechtliche Vorteile oder die Vermeidung rechtlicher Nachteile abhängig gemacht habe. Da das Wort Verschulden somit nicht auf die Fälle, in denen ein Verhalten gegen Dritte als verwerflich erscheine, beschränkt werden könne, müsse von einer Erweiterung des Begriffes gesprochen werden. Da Zitelmann eine Rechtspflicht zum Andershandeln ablehnt, so könne in den Fällen des eigenen Verschuldens der Verschuldensbegriff nur aufrecht erhalten werden, wenn das Verhalten des Schuldigen gemißbilligt würde. Die Mißbilligung beruhe auf einer ethischen Pflicht des Menschen gegen sich selbst, sich nicht selbst Nachteile zuzufügen; das Verhalten dieses Menschen würde daher von dessen eigenen Interessenstandpunkt aus zu mißbilligen sein.

Der Grundauffassung Zitelmanns ist eine Reihe von Schriftstellern gefolgt. Ohne nähere Stellungnahme stimmt ihm Traeger zu[1]). Rümelin[2]) verwirft ebenfalls das Vorhandensein einer Rechtspflicht auf Seiten des Geschädigten. Um beim eigenen Verschulden die Parallele mit dem üblichen Verschuldensbegriff nicht zu verlieren, hält er es für zweckmäßiger, bei der Beurteilung des Verhaltens des Geschädigten einen bestimmten Normaltypus und zwar den eines redlichen und verständigen Mannes zugrunde zu legen.

Auch die Auffassung von Leydens[3]) ist hierher zu rechnen. Ein objektiver Tatbestand könne nicht allein deshalb gemißbilligt werden, weil er rechtswidrig sei; auch dann, wenn das eigene Interesse des Handelnden das Nichteintreten eines Erfolges als wünschenswert erscheinen lasse, müsse davon gesprochen werden. Die Mißbilligung könne festgestellt werden, wenn die Willensbetätigung eine ordnungswidrige sei. Rümelin und von Leyden stimmen grundsätzlich der Zitelmannschen Lehre zu. Doch wird von beiden darauf hingewiesen, daß das

[1]) a. a. O. S. 329. [2]) a. a. O. S. 311/12. [3]) a. a. O. S. 62 ff.

Selbstverschulden nur an einem ordnungswidrigen Verhalten erkannt werden könne. Ein Unterschied zur Auffassung Zitelmanns dürfte indessen nicht vorliegen. Denn ordnungswidrig ist ein Verhalten nur, wenn es ethisch verwerflich ist.

Schließlich sei noch auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts[1]) hingewiesen. Zwar ist dieselbe keine einheitliche, doch finden sich Erkenntnisse, in denen ausgeführt wird, daß neben der Pflicht eines jeden, sich schädlicher Eingriffe in die Rechtssphäre eines anderen zu enthalten, es Aufgabe eines ordentlichen und verständigen Menschen sei, sich und das Seine tunlichst vor Schaden zu bewahren. Das Reichsgericht folgert diese Stellungnahme aus § 242 BGB; das Verhalten des Geschädigten in § 254 stelle sich als ein Verstoß gegen Treu und Glauben dar.

Die Meinung Zitelmanns und seiner Anhänger hat vielfach Widerspruch gefunden. Die gegnerischen Auffassungen berühren sich insoweit, als sie in § 254 von dem Geschädigten ein Verhalten gegen den Verletzer fordern. Streit besteht über die rechtliche Natur dieser Handlungsweise. Die Vertreter der einen Ansicht sprechen von einer Pflichtwidrigkeit, die sich der Verletzte bei Anwendung des § 254 zu schulden kommen lasse. Demgegenüber ist der Standpunkt der anderen Meinung, daß der Ersatzberechtigte keine Rechtspflicht vernachlässige, sondern nur eine Vorbedingung für einen Rechtserwerb nicht erfülle. Auf letztere Ansicht soll weiter unten näher eingegangen werden.

Diejenigen, die das Verhalten des Geschädigten als pflichtwidrig bezeichnen, gehen davon aus, daß eine bloße Mißbilligung desselben vom eigenen Interessenstandpunkt nicht Platz greifen könne. Endemann[2]) führt aus, das Gesetz lege der schuldhaften Unterlassung des Geschädigten die Wirkung bei, die aus dem rechtswidrigen Eingriffe des Gegners zunächst entspringende Haftung aufzuheben oder zu mindern. Es bestehe ein rechtlich anzuerkennendes Pflichtgebot, daß der Geschädigte sich nicht schlechthin der Schadenswirkung preisgebe. Hiervon könne aber nur in § 254 Absatz 2 gesprochen werden. Von Liszt[3]) hält diese Beschränkung für unbegründet; auch im Absatz 1 müsse eine solche Pflicht anerkannt werden. Zwischen Unterlassung und positivem Tun sei kein Unterschied zu machen. In Abs. 2 wäre das Unterlassen gleichwertig neben die eigene Tätigkeit gesetzt. Gottschalk[4]) geht davon aus, daß man über seine Person und sein Vermögen stets frei verfügen könne, solange nicht das Recht eines anderen dadurch beeinträchtigt würde. Sobald aber ein Handeln sich mit der Rechtssphäre eines anderen berühre, dürfe der Rechtsanspruch dieses anderen

[1]) RGZ 52 S. 351. [2]) Lehrbuch § 132 Anm. 6 und Nr. 2.
[3]) a. a. O. S. 83/84. [4]) a. a. O. S. 70 ff.

nicht verkümmert werden. Dies sei als Ausfluß des Schikaneparagraphen 226 aufzufassen. Die Pflichten seien entweder eigentliche Rechtspflichten, die sich direkt aus dem Gesetze ergäben, oder Verkehrspflichten, die nach Treu und Glauben zu beurteilen wären. Beim eigenen Verschulden zeige sich deutlich, daß sich hier der eigene und der fremde Rechtskreis mit einander berührten. Zwar würde dabei auch der eigene Interessenstandpunkt zu mißbilligen sein; doch es sei auch Rücksicht zu nehmen auf die andere Person, die geschädigt hätte. Damit käme man zu der Erkenntnis, daß das eigene Verschulden einerseits eine Mißbilligung vom eigenen Interessenstandpunkt, andererseits aber eine Verletzung einer Rechtspflicht gegen fremde Interessen darstelle. Zur Reihe derjenigen, die eine rechtliche Pflicht gegenüber dem Schädiger im Falle des § 254 annehmen, ist noch Krückmann[1]) und Kreß[2]) zu zählen; Kohler[3]) spricht von einer genossenschaftlichen Pflicht, nicht in einer Weise zu handeln, daß die verletzende Tätigkeit des Verletzers Erfolg habe. Erwähnung bedarf noch die Ansicht von Dronke[4]). Das Gesetz normiere in den Vorschriften §§ 324, 615 gewisse Gläubigerpflichten, die dem Prinzip des § 242 entsprächen. Um nichts anderes könne es sich auch im § 254 handeln. Daher mache sich bei einem Verstoß hiergegen der beschädigte Gläubiger eines Gläubigerverschuldens gegen den Verletzer schuldig. Der Verletzer dürfe seinem Gläubiger nicht rechtlos gegenüberstehen.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu der Frage des eigenen Verschuldens wurde oben schon für die Lehre Zitelmanns in Anspruch genommen; doch es wurde auch darauf hingewiesen, daß seine Rechtsprechung keine einheitliche gewesen ist, daher finden sich auch Entscheidungen, die zur Unterstützung der letzteren Ansicht herangezogen werden können. Es wird vom Reichsgericht[5]) ausgeführt, daß den Beschädigten eine regelrechte „Schuldnerpflicht" träfe, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

Zur Kritik der einzelnen Auffassungen mag folgendes angeführt werden. Die von Zitelmann und seinen Anhängern gemachte Unterscheidung zwischen „Verschulden gegen sich selbst" und „Verschulden gegen andere" ist mit grundlegenden Gedanken unserer Rechtsordnung nicht zu vereinbaren. Die Eigensphäre ist danach frei von fremdem Zwang; jeder kann mit dem, was ihm gehört, tun und treiben, was er will. Erst dann, wenn er damit die Interessen Dritter beeinträchtigt, schiebt das

---

[1]) a. a. O. S. 14, 16. [2]) a. a. O. S. 342. [3]) Lehrbuch 2, 1 § 47.
[4]) Eisenbahnrechtliche Entscheidg. Bd. 22 S. 90 ff., S. 210; Bd. 25 Sonderheft S. 35 ff.
[5]) RGZ 55 S. 331; 62, 348; 71, S. 216.

Gesetz einen Riegel vor. Es legt ihm eine gewisse Zurückhaltung auf, sei es, daß diese nun durch private Interessen anderer oder auch durch solche öffentlich-rechtlicher Art bedingt ist. Zu diesen Fällen zählt beispielsweise das in § 142 StGB ausgesprochene Verbot der Selbstverstümmelung, um sich die Erfüllung der Wehrpflicht unmöglich zu machen. Damit erklärt die Rechtsordnung für das öffentliche wie für das private Recht es für unerlaubt, in die Rechtsspäre anderer ohne besondere Rechtfertigung einzugreifen. Dieser allgemeine Satz gilt auch für § 254 [1]). Denn hier sind Vorschriften für Fälle aufgestellt, in denen die Rechtssphäre eines Dritten, nämlich des Ersatzverpflichteten, durch den Geschädigten beeinflußt wird. Es ist unzulässig, dem Verletzer durch schädigendes Verhalten die ihm obliegende Ersatzpflicht zu erschweren.

Dem entspricht es, wenn Leonhard [2]) darauf hinweist, daß es nicht einzusehen sei, mit welchem Recht sich der Schädiger darauf berufen könne, daß der Gegner seine eigenen Interessen verletzt habe. Die Verteidigung des Verletzers darf sich wohl gegen eine übermäßige Belastung seiner selbst richten; in die Angelegenheiten des Verletzten kann er sich aber nicht einmischen. Verlangt der Geschädigte vollen Schadensersatz, obwohl ihn eigenes Verschulden trifft, so verstößt er damit gegen die Interessen des Schädigers. Lediglich diese, also seine eigenen nicht die des Gegners darf der Ersatzpflichtige verteidigen.

Es muß also daran festgehalten werden, daß in § 254 die Rechtsfolge an ein Verhalten gegen Dritte geknüpft ist. Primär ist das Verhalten gegen den Schädiger; erst in zweiter Linie ergibt sich im Anschluß an die Minderung oder Aufhebung des Ersatzanspruches, daß das eigene Interesse geschädigt wird. Durch den Eingriff in den Interessenkreis des Schädigers zeigt sich, daß die Handlungsweise des Verletzten, um einen Ausdruck Rümelins, von Leydens und auch des Reichsgerichts zu gebrauchen, „ordnungswidrig" gewesen ist oder dem „Verhalten eines redlichen und verständigen Mannes" nicht entsprochen hat. Dies wird aber von den Anhängern der Zitelmannschen Lehre verkannt.

Zitelmann hat bei der Begründung seiner Auffassung [3]) von einer Erweiterung des Schuldbegriffes gesprochen. Hiergegen wird eingewendet [4]), daß eine derartige Ausdehnung des allgemeinen Verschuldensbegriffes unzulässig sei. Verschulden

---

[1]) Insofern ist Gottschalk a. a. O. zuzustimmen; ob es sich aber um eine rechtliche Pflicht handelt oder nicht, darüber Näheres unten S. 19 ff. dieser Arbeit.

[2]) Allgem. Schuldrecht S. 185. [3]) S. 10 d. Arbeit. [4]) Leonhard a. a. O. S. 188.

bedeute ein ethisch verwerfbares Verhalten. Bei Vernachlässigung der eigenen Interessen könne aber nicht gegen eine sittliche Pflicht verstoßen werden. Wenn auch hier von einem Verschulden gesprochen würde, so würde damit die ethische Grundlage dieses Begriffes aufgegeben. Dem könne aber nicht zugestimmt werden. Eine Erweiterung des Verschuldensbegriffes ist nur statthaft, wenn die andere Rechtserscheinung, für die er maßgebend sein soll, mit diesem wesentliche Aehnlichkeiten [1]) gemeinsam hat. Da aber beim „Verschulden gegen sich selbst" keine sittliche Pflicht verletzt wird, darf der Verschuldensbegriff nicht analog herangezogen werden. Denn nur, wenn das Verhalten des Geschädigten aus sittlichen Gründen zu mißbilligen ist, ist diese Folgerung erlaubt. Der ethische Maßstab bei Feststellung der Schuld ist auch nicht so unbedeutend, daß man ihn etwa als unwesentliches Merkmal der Schuld bei der analog behandelten Rechtsform nicht zugrunde zu legen brauchte. Denn die sittliche Grundlage ist zur Beurteilung der Frage, ob ein schuldhaftes Verhalten gegen einen Dritten vorliegt oder nicht, unbedingt erforderlich. Sie darf nicht aufgegeben werden. Bei analoger Erweiterung des Schuldbegriffes ist demnach zu untersuchen, ob die andere Rechtserscheinung eine sittliche Pflicht enthält oder nicht. Nur wenn sie vorliegt, ist Analogie möglich. Diese durfte daher bei der Zitelmannschen Lehre nicht vorgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für sie fehlten. Wenn aber doch von einem „Verschulden gegen sich selbst" gesprochen wird, so ist das mit dem Schuldbegriff nicht zu vereinbaren. Es handelt sich um eine unberechtigte Analogie.

Die Unhaltbarkeit der Zitelmannschen Lehre ergibt sich außer aus den eben vorgetragenen theoretischen Bedenken auch aus den praktischen Konsequenzen. Besonders mag hier auf den Fall hingewiesen werden, wo die Ersatzansprüche eines Verletzten davon abhängig sind, ob er sich eines ärztlichen Eingriffes unterzieht oder nicht. Die in der Wissenschaft und auch von der Praxis in einer ganzen Reihe von Entscheidungen darüber aufgestellten Lehren sind auf das von uns gefundene Ergebnis zu prüfen.

Endemann [2]) hat der Frage der Operationsverweigerung eine besondere Abhandlung gewidmet. Er geht davon aus, daß jedermann frei darüber bestimmen könne, ob er eine Operation auf sich nehmen wolle oder nicht. Die Unversehrtheit des eigenen Körpers sei auch vor dem Spruche des Richters geschützt. In den eigenen Verhältnissen sei man selbst der Richter

[1]) Zur Frage der Analogie vgl. Schroeder a. a. O. S. 306.
[2]) Ablehnung einer Operation, besonders S. 50 ff.

und kein anderer habe dabei hineinzureden. Diese Sätze entsprechen der Zitelmannschen Lehre; doch führen sie zu unbilligen Entscheidungen. Bei geringen Verletzungen könnte der Ersatzberechtigte einen ärztlichen Eingriff verweigern, weil es gegen sein „Interesse" verstoßen würde, nach erfolgter Heilung die Arbeit wieder aufzunehmen. Er beharrt deshalb auf dem Standpunkt, keine Operation vornehmen zu lassen, und erhält dann von dem Verpflichteten wegen der Schadenszufügung eine Rente. Die Praxis hat denn auch eine Rechtsprechung, wie sie sich aus den Ausführungen von Endemann und Zitelmann konsequenterweise ergeben müßten, verworfen und durch Aufstellung gewisser Richtlinien inhaltlich die Lehre bestätigt, die in § 254 auf Seiten des Beschädigten einen Verstoß gegen fremde Interessen annimmt.

Das Reichsgericht[1]) geht davon aus, daß der Verletzte, soweit er dazu fähig ist, die nach dem augenblicklichen Stande der medizinischen Wissenschaft sich darbietenden Mittel zur Heilung oder Besserung seiner Krankheit zur Anwendung bringen müsse. Der Geschädigte dürfe dabei nicht anders handeln, als es bei gleicher Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage sei, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen würden, auf einen anderen abzuwälzen. Damit verwirft das Reichsgericht den Standpunkt, nach dem eine Operation lediglich dem Bestimmungsrecht des einzelnen überlassen werden müßte. Zwar sei eine solche Auffassung nicht bedenkenfrei. Denn die Erfahrung lehre, daß auch bei ganz ungefährlichen Operationen aus irgendeinem unvorhergesehenen Zustande sich mitunter die schwersten Nachteile ergeben haben, sogar der Tod eingetreten sei. Doch diese Zweifel könnten den Standpunkt der früheren Lehre nicht rechtfertigen. Es bestehe nämlich die Gefahr, daß das freie Selbstbestimmungsrecht des Verletzten aus Eigensinn oder aus rein egoistischen Motiven zu einer Ausnutzung der Schadensersatzpflicht des Verletzers mißbraucht werde. Daher hat das höchste Gericht anerkannt, daß dann, wenn die Erwerbsfähigkeit des Geschädigten durch eine gefahrlose — Operation in Chloroformnarkose gilt als nicht gefahrlos — und ohne nennenswerte Schmerzen auszuführende Operation wiederhergestellt würde, die Ersatzpflicht von einer solchen abhängig zu machen ist. Es sei allerdings zu berücksichtigen, daß der Erfolg eine beträchtliche Besserung der Leistungsfähigkeit herbeiführen müsse, wo-

[1]) RGZ 83 S. 17 ff.; RG in J. W. 06 S. 206, S. 342, JW. 07 S. 740 Nr. 6; JW 08 S. 329; JW. 12 S. 136; JW 13 S. 975; RG in Gruchot 35 S. 401; in Warneyer Erg. bde. 1908 Nr. 21; 1912 Nr. 63 Seuff. Arch. 46 Nr. 189 II; RG in L. Z. 1928 S. 1079.

bei die Gutachten der Aerzte zu hören seien. Die Ablehnung einer Operation aus bloßer Einbildung oder übergroßer Empfindlichkeit könne nicht anerkannt werden. Im einzelnen wäre noch zu erwähnen, daß bei Gutachten der Sachverständigen solche von wissenschaftlich vorgebildeten Aerzten nicht immer den Ausschlag geben dürften; auch die Auffassung des sog. Heilkundigen sei in gleicher Weise zu werten, da im Volke das Vertrauen zu ihm vielfach größer sei, als zu einem Arzte; überhaupt sei ein besonderes Vertrauensverhältnis des Verletzten zu einem Arzte zu berücksichtigen, schließlich dürfe bei verschiedener Meinung der Aerzte die Operation nicht zuzumuten sein [1]).

Aus alledem geht hervor, daß bei der Feststellung, ob die Operation verweigert werden darf oder nicht, maßgebend der Gesichtspunkt ist, daß der Schädiger nicht mit unbilligen Schadensersatzverpflichtungen belastet werden darf. Die bei einer jeden Operation für den Geschädigten bestehenden Gefahren sind in den Gedankengängen des Reichsgerichts durch zahlreiche Hinweise auf die höchstpersönliche Natur eines ärztlichen Eingriffes genügend berücksichtigt worden, sodaß der Verletzte nicht etwa unberechtigten Wünschen des Schädigers preisgegeben ist.

Trotzdem glaubt Zitelmann [2]), in gewissen Ausführungen des Reichsgerichts seine Lehre vom „Verschulden gegen sich selbst" bestätigt zu sehen. Er führt aus, daß die Mißbilligung einer „Ausnutzung der Haftung des Schadensersatzpflichtigen aus egoistischen Gründen oder aus Eigensinn" zwar als Widerspruch zu seiner Ansicht aufgefaßt werden könne. Doch sei ein solches Ergebnis nicht zu billigen; man verwechsele dabei den Grund mit der Folge. Wenn ein Verschulden des Verletzten wirklich zu bejahen sei, m. a. W. ein Verstoß gegen das Interesse des Pflichtigen, so seien die Interessen des Haftenden völlig gewahrt, denn nach § 254 sei dann eine Verpflichtung zum Schadensersatz ex lege nicht vorhanden; daher könne das Verhalten des Verletzten dem Haftenden niemals nachteilig sein; in Hinsicht auf die dem Haftenden zugefügten Nachteile könne es auch nicht als Verschulden gewertet werden. Zitelmann verkennt hierbei, daß der in § 254 zu Gunsten des Haftenden eintretende Ausgleich begründet sein muß. Es kann diese Rechtsfolge nicht einfach aus der Luft gegriffen werden. Es muß ein Anhaltspunkt für diese gesetzliche Regelung gefunden werden. Als solcher kommt aber nur der Verstoß

[1]) Vgl. besonders die jüngste Rechtsprechung. RGZ 129 S. 399, dazu Hedemann S. 106; RG in JW 1928 S. 3064, Jur. Rdsch. 1928 Nr. 1857; Schläger in LZ 1931 S. 680, derselbe in Jur. Rdsch. 1929 I. Bd. S. 93; RG in JW 1931 S. 1463 Nr. 7. hierzu Kritik von Feuchtwanger dortselbst.

[2]) Operationsverweigerung und eigenes Verschulden in Arch. Bürgl. R. 40 S. 220.

gegen das Interesse des Pflichtigen in Betracht. Wäre der Vorgang, an den sich die gesetzliche Folge des § 254 anschließt, über den Rechtskreis der eigenen Angelegenheiten des Geschädigten nicht hinausgegangen, so wäre er gar nicht rechtserheblich. Die Rechtsordnung würde sich dann garnicht um ihn kümmern, weil er das Zusammenleben der Menschen, die Interessen des anderen, nicht stören würde.

Zitelmann sucht auch praktische Gesichtspunkte für seine Auffassung heranzuziehen. Würde gegen ein Interesse des Haftenden verstoßen, so müßte sich der Verletzte immer der Operation unterziehen, auch wenn diese schmerzhaft und gefährlich wäre. Dies widerspräche aber den Grundsätzen der Gerechtigkeit; daher sei für die Frage, inwieweit der Geschädigte die Interessen des Haftenden berücksichtigen solle, der Maßstab nur nach dem anzulegen, was ein verständiger Mensch vom eigenen Interessenstandpunkt tun würde. Durch den höchstpersönlichen Charakter einer jeden Operation wird die Zumutbarkeit einer solchen stark von der körperlichen und seelischen Beschaffenheit des Verletzten abhängig. Die durch das Schadensereignis hervorgerufene psychische Beeinflussung, das Vertrauensverhältnis zu den behandelten Aerzten usw.[1]) werden bei der Entscheidung dieser Frage eine große Rolle spielen. Hierdurch wird der Eindruck erweckt, als ob die Außerachtlassung des ordnungsgemäßen eigenen Interesses des Geschädigten für die Anwendbarkeit des § 254 maßgebend sein müsse. Dem kann aber nicht zugestimmt werden; vielmehr sind bei der Frage der Zumutbarkeit einer Operation zwar stets die einzelnen höchstpersönlichen Umstände zu berücksichtigen, doch schließt dies nicht aus, daß all diese Erwägungen nur deshalb angestellt werden, um nicht den Pflichtigen mit einer übermäßigen Schadensersatzleistung zu belasten. Man hat zu prüfen, wann unter Beachtung der individuellen Verhältnisse des Verletzten die Ablehnung der Operation gegen die Rechtssphäre des Verletzers verstößt.

Die Gesichtspunkte des Reichsgerichts können daher nicht zur Unterstützung der Zitelmannschen Lehre herangezogen werden. Vielmehr ergibt sich aus den Richtlinien über die Zumutbarkeit einer Operation gerade umgekehrt, daß es nicht auf die Interessen des Geschädigten ankommt.

Während dem Reichsgericht in seinen grundsätzlichen Ausführungen in jeder Weise zuzustimmen ist, so können sie dort, wo speziellere Fragen behandelt sind, nicht restlos befriedigen. So erweckt die Feststellung, daß eine Operation, wenn sie in Chloroformnarkose vorgenommen werden müßte, nicht zumutbar sei, Bedenken. Denn die Praxis weiß zu be-

[1]) Vgl. auch S. 17 d. Arbeit.

richten[1]), daß ein Geschädigter seine körperliche Verletzung durch Simulation als so schwerwiegend hinzustellen wußte, daß ihm eine Rente zugesprochen wurde. Da eine Narkose von ihm abgelehnt war und ihm dies nach der Auffassung des Reichsgerichts[2]) nicht als Verschulden angerechnet wurde, konnte Näheres über den Zustand der Krankheit nicht aufgedeckt werden. Das Gericht verurteilte daher. Als der Verletzte sich später wegen einer anderen Angelegenheit mit einer Narkose einverstanden erklärte, konnte die damals zugefügte Verletzung als unbedeutend festgestellt werden. Solche der Billigkeit widersprechenden Vorgänge lassen erkennen, daß man bei der Entscheidung, ob die Ablehnung einer Operation als mitwirkendes Verschulden anzurechnen sei, dem Einzelfall weitgehend Rechnung tragen muß. Es genügt nicht, wenn man die Notwendigkeit einer Chloroformnarkose ohne weiteres als entschuldbaren Ablehnungsgrund anerkennt.

Aehnlich wie in den Fällen der Zumutbarkeit einer Operation entscheidet das Reichsgericht[3]), wenn es sich darum handelt, durch Aufsuchen einer Krankenanstalt die Schädigung zu beseitigen oder zu bessern. Die Beschränkungen der „Freiheit seines Tuns und Lassens" in einer geschlossenen Heilanstalt müsse der Verletzte auf sich nehmen, wenn er seinen Ersatzanspruch aufrecht erhalten wolle. Die allgemeine Abneigung eines jeden Kranken gegen eine solche Behandlung dürfe nicht dazu führen, dem Schädiger deshalb den ganzen Schaden aufzubürden. Das eigene Interesse würde gegen die berechtigten Interessen des Ersatzpflichtigen verstoßen. Weigere sich der Kranke in diesen Fällen, so verlöre er seine Rechte. Gerade dies zeigt besonders deutlich, daß nicht die eigenen Interessen und Wünsche des Verletzten maßgebend sind.

Der anderen Lehre, die in den Fällen des § 254 die Verletzung einer Rechtspflicht gegenüber dem Schädiger für gegeben erachtet, ist insofern zuzustimmen, als sie die Auffassung vom „Verschulden gegen sich selbst" verwirft. Es wird auch von ihr mit Recht anerkannt, daß eine Aufgabe des Verletzten dem Verletzer gegenüber gegeben ist, die Schadenswirkung nicht zu vergrößern. Aber eine Rechtspflicht im technischen Sinne ist sie nicht. Leonhard[4]) spricht in diesem Falle von einer Vorbedingung für einen Rechtserwerb. Von einer Rechtspflicht könne deshalb nicht die Rede sein, weil im Falle ihrer Verletzung eine Klagemöglichkeit nicht gewährt würde. Auch Schadensersatz könne nicht beansprucht werden; Erfüllung der in § 254 dem Geschädigten auferlegten Aufgabe bilde nur eine Voraussetzung für die Ansprüche, die

[1]) Mitgeteilt bei Jans S. 30. [2]) Vgl. auch S. 16 der Arbeit. [3]) RGZ 60, S. 148. [4]) a. a. O. S. 184 ff.

der Gläubiger erhebe. Der Erwerb sei von einem sorgfältigen Verhalten gegenüber einer dritten Person abhängig; deshalb handele es sich um eine „Fremdsorge als Vorbedingung". Da eine rechtliche Verpflichtung nur dann vorliegt, wenn nach der Rechtsordnung die Möglichkeit besteht, sie durch Zwangsmittel zu verwirklichen, so kann in § 254 von einer solchen nicht gesprochen werden, mag man nun mit Endemann eine rechtliche Pflicht des Verletzten lediglich in Abs. 2 anerkennen, oder diese mit von Liszt auf Grund einer über das Wesen des positiven Tuns und der Unterlassung sonst in jeder Weise zu billigenden Betrachtung[1]) auch im Abs. 1 erblicken. Denn in § 254 entscheidet das Gesetz nur darüber, inwieweit ein Anspruch bestehen bleibt oder nicht. Niemals aber ist eine Klage deshalb möglich, weil der Ersatzberechtigte dem Verpflichteten gegenüber nicht das dem § 254 entsprechende Verhalten an den Tag gelegt hat. Aehnlichen Charakter trägt die beim Kauf festgesetzte rechtzeitige Mängelrüge. Auch der Fall des Annahmeverzuges (§ 324) ist hierher zu rechnen. Eine Pflicht zur Annahme besteht nicht, ausgenommen bei Kauf- und Werkvertrag. Handelt aber der Gläubiger nicht den Vorschriften des Gesetzes entsprechend, so gehen ihm Rechte verloren. Auch Dronke[2]) hat anerkannt, daß die Fälle der §§ 324, 615 mit dem § 254 gewisse Aehnlichkeit besitzen; doch seine Auffassung, daß es sich um Gläubigerpflichten handele, deren Verletzung sich aus einem Gläubigerverschulden ergebe, muß als zu weitgehend abgelehnt werden. Der Hinweis bei Dronke und auch bei Gottschalk, daß solche Pflichten vorlägen, die aus § 242 zu folgern wären, ist nicht zu rechtfertigen. Denn diese Vorschrift besagt nur, wie eine Pflicht zu erfüllen ist; nicht aber ist hier der Rechtsgrund für eine Verpflichtung ganz genereller Natur festgesetzt. Nur wenn ein Schuldverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger vorliegt, kann von einer Rechtspflicht des Verletzten gesprochen werden. Auch die bei Kohler erwähnte genossenschaftliche Pflicht des Anspruchsberechtigten in § 254 kann nur eine solche sein, die aus § 242 abzuleiten ist. Sie ist daher ebenfalls abzulehnen. Der Lehre, die auf Seiten des Verletzten im § 254 keine eigentliche Verpflichtung erblickt, sondern nur eine Vorbedingung zu einem Rechtserwerb, ist daher zuzustimmen. Kommt § 254 zur Anwendung, so liegt, da außerdem der Verletzte eine Aufgabe dem Schädiger gegenüber nicht erfüllt hat, eine Handlungsweise vor, durch die dem Gläubiger der Erwerb gewisser Rechte verloren gegangen ist, weil gegen den Schutz fremder Güter verstoßen wurde.

Im Anschluß an die erörterten Fragen ist noch zu prüfen,

[1]) Ueber die Bedeutung dieser speziellen Frage. Näheres unten S. 21.
[2]) S. 13 der Arbeit.

inwieweit durch besondere Umstände das sich gegen die Interessen des Schädigers richtende Verhalten doch nicht als mitwirkendes Verschulden aufgefaßt werden kann. Würde man die dem Beschädigten gestellte Aufgabe in § 254 als rechtliche Verpflichtung ansehen, so würde bei Notwehr, Notstand, Einwilligung des Verletzten, Erfüllung einer Amts- oder Berufspflicht, Rettung eines Menschen aus Lebensgefahr u. a. die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein. Da wir jedoch das erforderliche Verhalten des Geschädigten nicht als rechtliche Verpflichtung ansehen, so kann von der unmittelbaren Anwendung dieser Ausschließungsgründe auf eine Handlungsweise des Verletzten, die gegen die Interessen des Ersatzverpflichteten verstößt, keine Rede sein. Sie können vielmehr lediglich analog berücksichtigt werden. Eine Analogie ist hier auch zulässig; denn die rechtliche Verpflichtung und das in § 254 geforderte Verhalten des Geschädigten sind insofern wesensähnlich, als in beiden Fällen von maßgebender Bedeutung ist, daß gegen die Interessen eines Dritten verstoßen wird. Folgender Fall [1]) mag als Beispiel angeführt werden: Zwei Personen geraten miteinander in Streit. Der Bruder der einen Partei sucht dieselbe von einer strafbaren Handlung fernzuhalten, wird aber hierbei von dem Gegner angeschossen. Von einem mitwirkenden Verschulden kann nicht gesprochen werden, obwohl der Verletzte mit einem solchen Vorfall hätte rechnen müssen. Aus sittlich zu billigenden Gründen wird ein Verschulden ausgeschlossen.

Der Tatbestand des § 254 kann durch positives Tun und durch Unterlassungen erfüllt werden. Aus der gesetzlichen Anordnung — „Dies gilt auch dann“ — ergibt sich die Gleichwertigkeit derselben [2]). Tun und Unterlassung erscheinen als Unterarten der „Handlung“ im weiteren Sinne. Obwohl im Absatz 2 zwei Fälle der Unterlassung ausdrücklich festgelegt sind, kann nicht geschlossen werden, daß damit jeder anderer aus dem Anwendungsgebiete des § 254 auszuschalten ist. Vielmehr hat das Gesetz nur zwei besonders häufig sich ereignende Fälle herausgegriffen.

Nicht unbestritten ist die in der ersten Alternative des zweiten Absatzes enthaltene Vorschrift. Schollmeyer [3]) legt die Bestimmung so aus, daß nur Verträge hierdurch erfaßt seien. Lediglich dann bestünde eine Pflicht des Gläubigers, auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Diese Auffassung ist abzulehnen. Es ist kein Grund ersichtlich, eine derartige Beschränkung zu verlangen. Der Allgemeine Teil der Schuldverhältnisse gilt für kontraktliche wie

[1]) Recht 29 Nr. 985. [2]) So auch v. Liszt a. a. O. S. 83/84.
[3]) a. a. O. 6a S. 44.

außerkontraktliche Fälle. Wenn auch die Unterlassung der im Gesetze geforderten Handlungsweise bei unerlaubten Handlungen tatsächlich selten sein wird, so ist kein Grund vorhanden, einer Bestimmung ihre Existenzberechtigung zu nehmen. Der herrschenden Meinung[1]) ist daher zuzustimmen.

Eine dem Beschädigten obliegende Aufgabe, dem Schädiger einen bevorstehenden außergewöhnlichen Schaden mitzuteilen, kann nicht immer angenommen werden. Die Umstände des Einzelfalles gebieten auch da eine Begrenzung. Niemals kann beispielsweise ein mitwirkendes Verschulden dann gefunden werden, wenn der Erschlagene vor seinem Tode es versäumt hat, den Täter darauf hinzuweisen, daß er durch die Tötung die Pflicht zur Unterstützung seiner zahlreichen Nachkommen erfüllen müßte[2]). Ebenso verdient das bei Leonhard[3]) angeführte Beispiel Beachtung, in dem von einem unzuverlässigen Manne wertvolle Sachen durch eine einsame Gegend befördert werden sollen. Auch hier ist eine Mitteilung nicht nötig. Eine solche ist vielmehr nur dann erforderlich, wenn in dem Unterlassen eine wirkliche Schuld festzustellen ist.

Bestritten ist, worauf sich das Verschulden des Geschädigten beziehen soll. Bei der Prüfung der subjektiven Erfordernisse des § 254 wird dies weiter unten näher auszuführen sein. Es ist zweckmäßig, diese Frage wegen der engen Zusammengehörigkeit mit den subjektiven Voraussetzungen des konkurrierenden Verschuldens im Anschluß an die Erörterung derselben zu behandeln.

An einem weiteren praktischen Fall soll die Richtigkeit der Auffassung bewiesen werden, der wir uns oben angeschlossen haben. Zu umstrittenen Punkten in der Lehre vom mitwirkenden Verschulden zählt die Frage, inwieweit § 254 in Fällen anwendbar ist, wo der Geschädigte es unterlassen hat, ein Ersatzgeschäft vorzunehmen. Häufig ist, daß ein Käufer seinem säumigen Verkäufer gegenüber auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt und Beklagter einwendet, den Kläger treffe eigenes Verschulden, weil er einen Deckungskauf nicht abgeschlossen habe. Mit dem Hinweis, daß der Verletzte seine eigenen Interessen nicht genügend gewahrt habe, er sei nicht vorsichtig gewesen, sich nicht auch noch an anderen Stellen einzudecken, wird der Beklagte dem Kläger gegenüber nicht durchdringen[4]). Denn

---

[1]) RGK. § 254,2 Abs. 5; Hedemann S. 106; Oertmann § 254, 3a; Planck § 254, 3a; Staudinger § 254, 2d.
[2]) Vgl. den Fall bei von Liszt S. 84.
[3]) Allgem. Schuldrecht S. 189.
[4]) Mit Recht Leonhard, Allgemeines Schuldrecht S. 187.

wenn der betreffende Käufer vielleicht unklug gehandelt hat, mit einem unzuverlässigen Verkäufer einen Kaufvertrag abzuschließen, m. a. W. sein eigenes Interesse nicht genügend beachtet hat, so kann noch lange nicht § 254 Anwendung finden. Es wäre unbillig, auf Seiten des Käufers ein mitwirkendes Verschulden festzustellen. Anders, wenn der Käufer auch nachher, beim Ausbleiben der geschuldeten Leistung, es unterläßt, sich durch einen Deckungskauf zu sichern. In solchen Fällen kann ein mitwirkendes Verschulden des Klägers gegenüber dem Beklagten vorliegen, falls dem Geschädigten bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Vornahme eines Deckungskaufes möglich gewesen wäre. Dann hat Kläger aber auch die Interessen des Beklagten verletzt [1]).

Die von uns über das mitwirkende Verschulden anerkannten Grundsätze sind auch im folgenden Beispiel zur Anwendung zu bringen, das bei Leonhard [2]) erwähnt wird: Dem gegen den Urschuldner klagenden Gläubiger wird eingewendet, er hätte sich durch rücksichtsloses Vorgehen gegen einen Bürgen befriedigen können. Bei der Beantwortung dieses Falles sind zunächst Vorschriften über die Bürgschaft zu berücksichtigen. Danach wäre die Einwendung des Urschuldners ausgeschlossen, wenn die Einrede der Vorausklage für den Bürgen möglich ist. Eine Klage des Gläubigers gegen den Bürgen würde unter diesen Umständen bei einer entsprechenden Einwendung durch den Bürgen abgewiesen werden. Auf ein nutzloses Vorgehen gegen diesen kann der Urschuldner nicht hinweisen, und deshalb, weil der Gläubiger solches nicht getan hat, verlangen, daß demselben dies als mitwirkendes Verschulden angerechnet wird. Anders aber, wenn die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist; insbesondere dann, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet hat. Hier hat allerdings der Gläubiger die Wahl, gegen den Urschuldner oder gegen den Bürgen klagend vorzugehen, ohne daß ihm von letzterem die Einrede der Vorausklage entgegengehalten werden kann. Klagt der Gläubiger gegen den Urschuldner, so ist die oben angedeutete Einrede des Urschuldners m. E. abzulehnen. Denn die Bürgschaft ist ein Sicherungsgeschäft, das zwischen Bürgen und Gläubiger abgeschlossen wird. Es soll den Gläubiger schützen. Es liegt daher in seinem eigenen Interesse, wenn er sich zuerst an den vielleicht zahlungsfähigen Bürgen wendet. Tut er dies nun nicht, so kann ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden. Er hat unserer Auffassung gemäß

---

[1]) So auch die Rechtsprechung der Obersten Gerichte: Besonders Seuff. Arch. 60 S. 346; 65, S. 388; RG in LZ. 09 S. 321; 10 S. 928; auch wohl Enneccerus-Lehmann S. 55 Anm. 9.

[2]) a. a. O. S. 187.

nicht unmittelbar gegen die Interessen des Schuldners verstoßen. Wenn dieser jetzt auch den Prozeß verliert und dadurch hohe Kosten zu zahlen hat, so verstößt dies allerdings gegen die Interessen des Beklagten; auf der anderen Seite ist aber zu berücksichtigen, daß eine Klage gegen den Urschuldner dem Gläubiger ebensogut möglich ist, wie gegen den Bürgen. Sein eigenes Interesse, sein eigener Wille ist maßgebend, was er tun soll. Aus dem Sinn des Bürgschaftsgeschäfts als eines Sicherungsgeschäfts ist dieses abzuleiten. Geht er nun gegen den vermögenslosen Urschuldner vor, so mag dies gegen sein eigenes Interesse verstoßen, nicht aber gegen das des Beklagten. Zur Klage gegen ihn ist er berechtigt. Nach unserer Auffassung ist daher die Einrede aus § 254 durch den Beklagten abzulehnen. Dieses Ergebnis dürfte auch der Billigkeit entsprechen. Nach Zitelmann müßte man die Einrede dagegen als begründet ansehen, weil der Gläubiger nicht klug gehandelt hat.

§ 3.

b) Die subjektiven Voraussetzungen.

An jede objektiv rechtswidrige Handlung knüpft das BGB grundsätzlich nur dann eine Rechtsfolge, wenn auch Verschulden gegeben ist. Die Lehre, die in dem eigenen Verschulden die Verletzung einer Rechtspflicht sieht, kann dieses Prinzip auf die Fälle des § 254 auch ohne weiteres anwenden. Wir sind jedoch oben zu dem Ergebnis gelangt, daß keine eigentliche Rechtspflichtverletzung vorliegt, sondern nur der Erwerb gewisser Rechte verhindert wird, weil der Berechtigte es an dem erforderlichen Verhalten dem Schädiger gegenüber hat fehlen lassen. Zwischen beiden Auffassungen bestehen aber wesentliche Aehnlichkeiten. Der für ein rechtswidriges Verhalten nach der subjektiven Seite hin maßgebende § 276 ist daher auf das eigene Verschulden zwar nicht unmittelbar, wohl aber analog anzuwenden.

Hierbei ergibt sich folgendes: Verschulden ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht gleichzusetzen. Wir schließen uns hier an, an eine im Strafrecht aufgestellte Lehre[1]), die aber m. E. auch auf das Zivilrecht zu übertragen ist, weil hierdurch wertvolle Klarheit geschaffen wird. Vorsatz oder Fahrlässigkeit sind nur Schuldelemente. Zu ihnen muß die Freiheit, die individuelle Möglichkeit hinzutreten, die vom Gesetze geforderte Sorgfalt zu erfüllen. Es muß also noch Zurechnungsfähigkeit vorliegen. Aus dem BGB lassen sich keine Gründe anführen, die

[1]) Von Frank begründet, 4. Abschnitt II, 1—3 S. 136—138; zustimmend Mezger S. 265—267.

gegen die Anwendbarkeit dieser Lehre auch auf dem Gebiete des Zivilrechts sprechen. Vielmehr kann man aus den Vorschriften §§ 827/28 entnehmen, daß hier die Verantwortlichkeit bei den betreffenden Personen deshalb ausgeschlossen ist, weil ihnen die Möglichkeit fehlt, ihr Verhalten der Rechtsordnung entsprechend einzurichten. Das Schuldelement der „Freiheit" ist bei ihnen nicht vorhanden. Wohl aber kann ein Kind unter 7 Jahren oder ein Geisteskranker durchaus auch vorsätzlich oder fahrlässig handeln und doch fehlt ihnen die Schuld[1]). Könnten Kinder oder Geisteskranke nicht vorsätzlich oder fahrlässig handeln, so wären die §§ 827/28 überflüssig[2]). Daher ist das Vorhandensein der Bestimmungen in den §§ 827/28 eine wichtige Stütze für die Anwendbarkeit der Frankschen Lehre auch im Bereich des BGB. Ein mitwirkendes Verschulden liegt also demnach nur vor, wenn auf Seiten des Geschädigten Vorsatz oder Fahrlässigkeit als Schuldformen und Zurechnungsfähigkeit vorliegt.

Durch die Franksche Lehre wird ein ungenauer Sprachgebrauch vermieden. Nicht weil ein Geisteskranker oder ein Kind unter 7 Jahren unfähig ist, vorsätzlich oder fahrlässig zu handeln, — dies ist vielmehr durchaus möglich — kann sie nicht eigenes Verschulden treffen, sondern deshalb, weil sie nichts „schuldhaft" tun können.

Die im einzelnen über Vorsatz und Fahrlässigkeit aufgestellten Lehrmeinungen sind hier nicht näher zu prüfen. Hervorgehoben mag nur werden, daß bei dem häufig vorkommenden Fall eines fahrlässigen Verhaltens des Geschädigten auf seine körperlichen und geistigen Gebrechen Rücksicht zu nehmen ist[3]). Es kann ihm nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er sich die nötige Mühe gegeben hat, den Schaden zu mindern oder zu beseitigen. Das Schuldprinzip hat zum Inhalt, daß ein ethisch verwerfliches Verhalten von der Rechtsordnung gemißbilligt wird, Doch wenn jemand auch dafür einzustehen hätte, daß er nicht gesund oder kräftig genug ist, so würde damit die sittliche Grundlage des Verschuldensbegriffes aufgegeben.

Als weiteres Moment des Verschuldensbegriffes ist die Zurechnungsfähigkeit genannt worden. Für die Fälle des eigenen Verschuldens kann hier nur Deliktsfähigkeit gemeint sein. Dies ergibt sich aus der oben für zulässig erklärten Anwendbarkeit des § 276; denn gemäß § 276 Abs. 1, S. 3 sind die Vorschriften der §§ 827/28 zu berücksichtigen. Diese enthalten aber die Erfordernisse der Deliktsfähigkeit. Für Taubstumme, ferner für

---

[1]) So auch Leonhard a. a. O. S. 187; Mezger S. 267.
[2]) Leonhard a. a. O.
[3]) Leonhard S. 188, 442 ff.

jugendliche Personen zwischen dem 7. und 18. Lebensjahre gilt demnach § 828 Abs. 2. Sie sind nur verantwortlich, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besessen haben. Bei Kindern unter 7 Jahren und Geisteskranken ist Deliktsfähigkeit überhaupt nicht vorhanden. Da demnach hier eines der sog. Schuldelemente fehlt, kann auch vom Verschulden keine Rede sein. Die betreffenden Personen können daher eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung, wie sie § 254 zum Ausschluß oder zur Verringerung des Schadensersatzanspruches verlangt, nicht begehen.

Das Erfordernis der Deliktsfähigkeit für § 254 wird von Cohn[1]) geleugnet. Da der Geschädigte nicht widerrechtlich handele, keine unerlaubte Handlung ausgeführt habe, dürfe nicht Deliktsfähigkeit, sondern es müsse Geschäftsfähigkeit auf Seiten des Verletzten Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 254 sein. Gottschalk[2]) führt hiergegen an, daß zwar ein widerrechtliches Verhalten nicht vorliege, aber man könne den für ganz andere Verhältnisse verwendeten Begriff der Geschäftsfähigkeit nicht hierher übertragen, zumal beim eigenen Verschulden auch die Rechte Dritter verletzt würden. Gottschalk ist zuzustimmen. Cohn geht zu weit, wenn er Geschäftsfähigkeit verlangt, die beim Abschlusse von Rechtsgeschäften nötig ist. Er setzt sich auch in Widerspruch mit der Analogie des § 276.

Die Voraussetzung der Deliktsfähigkeit kann zu unbilligen Entscheidungen führen; man denke an Fälle, wo ein Geisteskranker oder ein Kind blindlings in einen Wagen läuft. Hat der Ersatzpflichtige für den Schaden nur aufzukommen, wenn ihn ein Verschulden trifft, so wird wohl seine Schuld fast regelmäßig ausgeschlossen sein. Doch tritt die Haftung auch ohne Verschulden ein, beispielsweise bei Eisenbahnen, den Haltern von Tieren und Autos, so müßte eine Verurteilung des Beklagten erfolgen, ohne daß das vielleicht unglaubliche Verhalten des Kindes berücksichtigt werden könnte. Dieser Mißstand, der sich bei strenger Auslegung des Gesetzes ergibt, hat manchen veranlaßt, den Wortlaut des § 254 in einem weiteren Sinne aufzufassen. So behauptet Endemann[3]), daß im Falle des § 254 das Erfordernis des Verschuldens, in einem weiteren, verkehrsmäßigen Sinne verstanden werden müsse. Der Beschädigte sei schuld daran, er habe die Ursache gesetzt oder den Anlaß gegeben. Von der persönlichen Verkehrsfähigkeit müsse in geeigneten Fällen Abstand genommen werden. Zur Rechtfertigung seiner Auffassung verweist Endemann auf

[1]) a. a. O. S. 116.
[2]) a. a. O. S. 82.
[3]) Lehrbuch § 130 Anm. I, § 132, 1 b u. Anm. 6.

zahlreiche Fälle des BGB. §§ 160 I, 767 I, 2, 1299, 1611, I u. a., wo Verschulden einem bloßen Verursachen gleichgesetzt werde. Bedeute aber Verschulden im § 254 so viel wie Verursachen, so müsse auch dann, wenn ein Geisteskranker sich der Gefahr ausgesetzt habe, dem Schädiger die Berufung darauf gestattet werden, daß der Geschädigte selbst ganz oder zum Teil den Schaden verursacht habe[1].)

Zu einem ähnlichen Ergebnisse kommt Croissant[2]). Er geht davon aus, daß eigenes Verschulden kein fremdes Recht verletze, weil nur eine Selbstschädigung vorläge, daher kein Verschulden im juristischen Sinne darstelle, sondern nur als tatsächlicher Vorgang, als Verursachen eines Ereignisses, gewertet werden könne. Nur wenn man diese Lehre zugrunde lege, könne dort, wo Geisteskranke oder Kinder unter 7 Jahren ein mitwirkendes Verschulden treffe, eine billige und gerechte Entscheidung gefällt werden.

Das Verschulden in § 254 wird daher von den Anhängern der sog. objektiven Theorie in einem nichtteschnischen Sinne aufgefaßt. Lediglich aus Billigkeitsgründen hat sich auch Wendt[3]) dieser Auffassung angeschlossen. Zu ihren Anhängern zählen ferner noch Bienenfeld[4]), Crome[5]), Pfizer[6]), Weyl[7]).

Die von Endemann angeführten Gründe können nicht zur Rechtfertigung seiner Lehre herangezogen werden. In den von ihm zitierten §§ bedeutet „Verschulden" nicht so viel wie „Verursachen". Wie Traeger[8]) zutreffend erwähnt, gehört zu einem Verschulden stets eine Handlung. Daher könne in den betreffenden Fällen nur von einer „schuldhaften Handlung" oder einem „schuldhaften Verursachen" gesprochen werden, niemals aber lediglich von einem „Verursachen". Dem ist zuzustimmen, denn die beiden Begriffe „Verursachen" und „Verschulden" sind so grundverschieden, daß sie nicht ohne weiteres einander gleichgesetzt werden können. Der eine von ihnen spielt bei der objektiven, der andere bei der subjektiven Beurteilung eines Rechtsvorganges eine Rolle. Diese Trennung muß im Interesse unseres Rechtssystemes aufrecht erhalten werden. Daher kann die Endemannsche Lehre nicht anerkannt werden.

---

[1]) Endemann spricht von einem verkehrsmäßigem Verhalten nur im Abs. 1 d. § 254, nicht bei Unterlassungen des Geschädigten.
[2]) a. a. O. S. 13, 16, 49.
[3]) Jahrb. Dogm. 31 S. 181.
[4]) a. a. O. S. 492, 93.
[5]) § 111, 1 6. Absatz.
[6]) D. J. Z. 04 S. 717.
[7]) S. 299, 526.
[8]) a. a. O. S. 339.

Croissant geht davon aus, daß in dem eigenen Verschulden eine Selbstschädigung zu sehen sei. Wir haben oben[1]) eingehend erörtert, daß das sog. eigene Verschulden eine Verletzung fremder Interessen mit sich bringt. Wenn Croissant auch an seine Grundauffassung konsequente Folgerungen anschließt, so kann der Ausgangspunkt seiner Feststellungen nicht befriedigen.

Denen, die nur aus Billigkeitsgründen das eigene Verschulden als „Verursachen" ansehen wollen, muß entgegengehalten werden, daß lediglich aus diesen Erwägungen heraus keine Lösung gefunden werden darf. Es sind bei der Auslegung einer Gesetzesstelle auch noch andere Momente zu berücksichtigen, die vielleicht stark gegen eine nur auf der Billigkeit ruhende Entscheidung sprechen können. So steht in unserem Falle einer solchen einmal die gesetzliche Ausdrucksweise entgegen. Es muß ein „Verschulden" mitgewirkt haben. Der Nachsatz des Abs. 1 in § 254 kann nicht als Gegenargument herangezogen werden. Denn hier handelt es sich nur um eine spezielle Regelung („insbesondere"), während der Vordersatz den allgemeinen Gedanken enthält[2]). Schließlich spricht auch die Entstehungsgeschichte gegen die objektive Auffassung vom eigenen Verschulden. Der Entwurf[3]) spricht im § 222 von einem fahrlässigen Verhalten des Beschädigten. In den Protokollen[4]) ist der Antrag enthalten, das Wort „Fahrlässigkeit" durch „Verschulden" zu ersetzen, damit auch der nicht ganz seltene Fall der vorsätzlichen Vergrößerung eines Schadens noch einbezogen werden könne. Aus alledem ist zu entnehmen, daß an einem schuldhaften Handeln des Geschädigten im teschnischen Sinne niemals gezweifelt worden ist. Schließlich sei auch noch auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts[5]) verwiesen; hiernach ist für § 254 auch § 276 maßgebend. Daher kann eine schuldhafte Handlung bei Kindern unter 7 Jahren oder Geisteskranken nicht vorliegen. Als Ergebnis wäre demnach daran festzuhalten, daß das mitwirkende Verschulden einem Verursachen nicht gleichgesetzt werden darf.

Auf diesem Wege kann also nicht der Uebelstand beseitigt werden, wenn der Schaden durch das Verhalten von Geisteskranken oder Kindern unter 7 Jahren vergrößert wurde. Eine andere Gruppe[6]) von Schriftstellern sieht eine Lösung der Frage

---

[1]) § 2 S. 10 ff. der Arbeit.
[2]) Vgl. hierzu Oertmann § 254, 2 f γ 3. Absatz.
[3]) a. a. O. S. 51.
[4]) I S. 300.
[5]) RGZ 51, S. 276, 54, S. 411; 59, S. 222; 62, S. 346; 67, S. 123; 68, S. 422; 76, S. 188; RG in Gruchot 47, S. 921, 48, S. 812; 52, S. 1162, RG in Seuff. Arch. 64, S. 392.
[6]) Rümelin S. 316/17; Oertmann § 254 2 f γ; ders. in Seuff. Bl. Bd. 74 S. 587; Enneccerus-Lehmann § 12, 2 a; Leonhard Allgem. Schuldrecht S. 182;

in der analogen Heranziehung des § 829. Grundlegend ist dabei der Gedanke, daß dann, wenn der Unzurechnungsfähige unter gewissen Umtänden zum Ersatze eines von ihm einem anderen zugefügten Schadens verpflichtet werden kann, dem Sinne des Gesetzes entsprechend angenommen werden muß, daß auch der Ersatzanspruch des Unzurechnungsfähigen wegen eines Schadens, den er selbst durch mutwilliges oder objektiv grobfahrlässiges Handeln mit verursacht hat, ganz oder zum Teil aberkannt wird. Nach den Vorschriften des Gesetzes dürfen aber dem Geschädigten die Mittel zum standesgemäßen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten nicht entzogen werden. Rümelin[1]) geht in der Anwendbarkeit des § 829 noch weiter, indem er beim eigenen Verschulden nicht alle Erfordernisse des § 829 berücksichtigen will. So soll der Anspruch des Geschädigten auch dann aufgehoben werden, wenn er durch Ablehnung des Schadensersatzanspruches die Mittel zum standesgemäßen Unterhalte verlöre. Denn es sei kein zwingender Schluß, daß die Schranken, die bestehen würden, wenn der Unzurechnungsfähige haftbar gemacht werden solle, auch von ihm geltend gemacht werden dürften, wenn er seinerseits Ansprüche erheben wolle. Traeger[2]) führt demgegenüber an, daß bei analoger Anwendung des § 829 auch die Voraussetzungen des § 829 im einzelnen Falle vorliegen müssen. Daher sei die zu weitgehende Auffassung Rümelins abzulehnen. Dem ist zuzustimmen; denn beim eigenen Verschulden ist zu berücksichtigen, daß es sich um ein Verhalten gegen Dritte handelt, eben so wie im § 829. Deshalb kann bei analoger Anwendung dieses Paragraphen auch von dessen einzelnen Voraussetzungen nicht abgegangen werden.

Gegen die Heranziehung des § 829 für den Fall des § 254 ist vielfach eingewandt worden, daß § 829 außerhalb der Deliktsobligationen keine Bedeutung habe[3]). Als Ausnahmebestimmung dürfe § 829 nicht über den Umkreis seines Geltungsbereiches erstreckt werden. Dieser Standpunkt wird von der Rechtsprechung des Reichsgerichts[4]) geteilt. Doch in einer anderen Entscheidung[5]) wird die analoge Heranziehung des § 829 zum Ausgleich etwaiger Unbilligkeiten für möglich gehalten. Die Anwendung des § 829 auf § 254 kann m. E. lediglich mit dem Hinweis, daß er nur für außerkontraktliche Fälle erlassen sei,

---

ders. in „Festgaben für Enneccerus" S. 73; Dungs Gruchot 54 S. 548; Krückmann S. 199, 205; Litten S. 103, 104; Planck § 254, 2 b γ; Traeger S. 342/43.

[1]) S. 317. Anm. 185.

[2]) a. a. O. S. 343.

[3]) v. Liszt S. 82; Gottschalk S. 79.

[4]) RG in JW. 03 Beilage S. 122; RGZ 59. S. 223.

[5]) RG in JW. 06, S. 55.

nicht ausgeschlossen werden. Denn durch die Berücksichtigung des § 829 bei mitwirkendem Verschulden wird manch unbilliges Ergebnis vermieden. Ferner kann durch die Einwände der Gegner nicht die Feststellung entkräftet werden, daß der Unzurechnungsfähige zwar Schadensersatz zu leisten hat, wenn die Voraussetzungen des § 829 gegeben sind, aber unter denselben Verhältnissen im umgekehrten Falle seinen Ersatzanspruch nicht verliert. Diese Ungleichheit kann aber nicht im Sinne der Vorschrift des Gesetzes liegen; § 829 ist deshalb analog auf § 254 auszudehnen.

Mit dem gefundenen Ergebnis können in einer Reihe von Fällen Unbilligkeiten vermieden werden. Doch nicht können von dieser Regelung solche Vorgänge erfaßt werden, wo die Billigkeit zwar eine Aufhebung des Ersatzanspruches fordert, aber der geschädigte Unzurechnungsfähige ohne Vermögen ist[1]). Die Analogie von § 829 kann hier nicht ausgleichen; es müssen für solche Möglichkeiten andere Wege gefunden werden. Leonhard[2]) verweist hier auf die Lehre vom Kausalzusammenhang. Durch das eigene Verhalten des Verletzten könne sich ein völliger oder teilweiser Ausschluß des ursächlichen Zusammenhanges ergeben. Wenn das Kind plötzlich in den Wagen gelaufen sei, so könne von einem ursächlichen Handeln des Fahrers vielfach garnicht gesprochen werden. Daher könne dort, wo durch ein unglaubliches Verhalten des Unzurechnungsfähigen der Schaden vergrößert worden sei, ohne Berücksichtigung des § 254 lediglich auf Grund der Lehre vom ursächlichen Zusammenhang eine gänzliche oder teilweise Ausschließung des Ersatzanspruches des Geschädigten erfolgen. Diese Auffassung vermeidet die von den Anhängern der objektiven Theorie vorgenommene Auslegung des § 254 im Sinne eines bloßen Verursachens. Das dort für das Verhalten des Verletzten geforderte Verschulden wird voll aufrecht erhalten. § 254 findet nur Anwendung, wenn bei gegebener Kausalität der Verletzte schuldhaft gehandelt hat. Ist der Geschädigte unzurechnungsfähig, dann ist im Einzelfall zu prüfen, ob durch seine eigene Handlungsweise die Kausalität ausgeschlossen wurde oder nicht. Ist dies der Fall, so kann er keinen Ersatz beanspruchen. Wenn nicht, so ist § 254 zu berücksichtigen und, da jener nicht schuldhaft handeln konnte, sein Ersatzanspruch anzuerkennen. Wenn wir uns daher der Leonhardschen Lehre anschließen, so geschieht dies besonders auch aus dem Grunde, daß unter Beachtung der

---

[1]) Vgl. hierzu auch Leonhard a. a. O. 182.

[2]) a. a. O.; ders. in den „Festgaben für Enneccerus" S. 74, ders. ferner Beweislast S. 318.

gesetzlichen Vorschriften für die Fälle, wo ein Unzurechnungsfähiger der Geschädigte ist, eine billige Entscheidung getroffen werden kann. Dem Standpunkt Leonhards hat sich neuerdings auch Staudinger [1]) angeschlossen.

Zu strittigen Punkten in der Lehre vom eigenen Verschulden gehört ferner die Frage, worauf sich das Verschulden des Geschädigten beziehen muß. Die einen [2]) lehren auf den dem Verletzten selbst schädlichen Erfolg; sie verlangen damit nichts anderes, als daß der Geschädigte voraussehen mußte, daß seine Handlung für ihn selbst nachteilige Folgen haben werde. Nur wenn von dem Geschädigten vorauszusehen gewesen wäre, daß eine eigene Gefährdung mit seinem Verhalten verbunden sei, solle er seinen Anspruch verlieren. Hiernach muß man zu dem Schluß [3]) kommen, § 254 könnte nur dann angewandt werden, wenn der Geschädigte zwar unklug, aber nicht, wenn er dem Ersatzpflichtigen gegenüber ungerecht gehandelt habe. Diese Folgerung findet sich daher auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts [4]): Bei der unberechtigten Ausübung der Jagd wurde der Wilddieb vom Forstaufseher verfolgt und durch Versehen des letzteren mit dem Gewehre verletzt. Dem klagenden Wilddieb wurde ein Ersatzanspruch gegen den beklagten Aufseher voll zugesprochen. Eigenes Verschulden des Klägers wurde mit der Begründung verneint, in der unberechtigten Jagdausübung könne kein Verschulden des Klägers erblickt werden, da nicht erkennbar sei, inwiefern er gerade diese Verletzung als mögliche Folge seines widerrechtlichen Tuns hätte voraussehen können; nur unter dieser Voraussetzung dürfe ein Verschulden des Klägers angenommen werden. Derartige Ergebnisse stellen eine konsequente Durchführung der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst dar. Lediglich, wenn die Handlung des Geschädigten vom Standpunkt seines Interesses aus unrichtig war, um bei unserem Beispiel zu bleiben, wenn der Wilddieb die ihm zugefügte Verletzung hätte voraussehen können, kann ein Verschulden bei dem Geschädigten vorliegen. Dies ist jedoch im höchsten Grade unbillig. Daher vertritt Rümelin [5]) die Auffassung, es genüge zur Erfüllung der subjektiven Voraussetzung beim eigenen Verschulden ein Verschulden nach irgend einer Richtung. Man müßte beispielsweise dem Diebe, der bei Gelegenheit eines Dieb-

---

[1]) § 254, 2 a β Abs. 5.
[2]) Traeger S. 330 ff.; von Liszt S. 82/83; von Leyden S. 73.
[3]) Mit Recht Leonhard Allg. Schuldrecht S. 186.
[4]) Seuff. Arch. 41 Nr. 89.
[5]) a. a. O. S. 310 ff.

stahls durch eine Fahrlässigkeit des Bestohlenen verletzt worden sei, obwohl das Verschulden des Diebes sich keineswegs auf die Verletzung seines eigenen Körpers bezogen habe, die betreffende Verletzung vielmehr von ihm in keiner Weise vorauszusehen gewesen wäre, den Schadensersatzanspruch aberkennen. Rümelin erkennt hiermit an, daß die Lehre vom Verschulden gegen sich selbst, obwohl er ihr sonst zustimmt, in ihren praktischen Folgerungen nicht ganz aufrecht zu erhalten ist. Für die subjektive Seite des eigenen Verschuldens fordert er, wie aus seinem Beispiel hervorgeht, daß auch ein Verhalten gegen die Interessen Dritter herangezogen werden muß. Ebenso kann Oertmann[1]) als Anhänger dieser Auffassung angeführt werden; denn er sagt, es müsse in der Tat genügen, wenn bei der Entwicklung des Gesamttatbestandes ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hätte. Nur die von uns oben[2]) vertretene Auffassung, wonach Verschulden dann gegeben ist, wenn der Verletzte voraussehen konnte, daß er gegen fremde Interessen durch seine Handlungsweise verstieß, kann solche unbilligen Härten vermeiden. Es werden hierdurch aber auch die Fälle erfaßt, wo man bei Anwendung der Zitelmannschen Lehre noch zu einem annehmbaren Ergebnis gelangen würde. Denn beim eigenen Verschulden liegt immer ein Verhalten gegen Dritte vor. Hat der Geschädigte also nur unvorsichtig gehandelt, so hätte er voraussehen müssen, daß der Gegner damit unnötig belastet wurde. Hat der Kläger raffiniert arglistig gehandelt beispielsweise in dem bei Leonhard angeführten Fall[3]), wo die eine Partei die andere wegen Uebervorteilung aus einem Vertrage verklagt, so könnte § 254 keine Anwendung finden, wenn man vom Beschädigten verlangen wollte, er hätte voraussehen müssen, daß sein Verhalten ihm selbst nachteilig werden würde. Denn in unserem Beispiel ist gerade das Gegenteil der Fall. Nach unserer Formel ist aber auch dann dem Beklagten ein mitwirkendes Verschulden anzurechnen; denn er hat gegen die Interessenssphäre des Gegners verstoßen und hat dies vorausgesehen. Unser Standpunkt hat wohl auch in der jüngsten Rechtsprechung des Reichsgerichts[4]) Zustimmung gefunden: Dem beim unbefugten Kaninchenfang erschossenen Wilddieb wird mitwirkendes Verschulden zur Last gelegt, weil ihm das Verbot des Frettierens in fremdem Jagdgebiet bekannt war.

[1]) § 254, 2 g. [2]) S. 20 der Arbeit. [3]) a. a. O. S. 186.
[4]) RG. in Warneyer Rsp. d. RG. auf d. Gebiete d. Zivilrechts, Erg. Bd. 1930 S. 208.

§ 4.

c) Die Beeinflussung der Ersatzpflicht des Schädigers durch das eigene Verschulden.

Ueber die Rechtsfolgen beim eigenen Verschulden sagt das Gesetz, die Verpflichtung sowie der Umfang des Ersatzes hinge insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden sei. Hieraus folgern manche [1]), daß das ursächliche Verhältnis dafür entscheidend sein solle, ob der Ersatzanspruch verringert oder ganz aufgehoben werden müsse. Diese Auffassung steht zunächst mit der gesetzlichen Formulierung insofern nicht im Einklang, als die ursächliche Beteiligung von Verletzer und Verletzten nicht allein berücksichtigt werden soll. Sie ist wohl als Hauptfaktor bei der Beurteilung, wie aus dem Worte „insbesondere" hervorgeht, aber nicht als einziger zu beachten. Die oben erwähnte Lehre führt aber auch in ihren praktischen Folgerungen zu wenig einleuchtenden Ergebnissen. Man sieht in den Worten des Gesetzes ein Zugeständnis an die Birkmeyersche Kausalitätstheorie. Deshalb soll maßgebend sein, wer am wirksamsten zum Erfolge beigetragen habe. Abgesehen von den Fällen, wo ungleichartige Bedingungen mitgewirkt haben und die Grade ihrer Wirksamkeit sich mit demselben Vergleichungsmaßstabe nicht messen lassen, kann auch dort nicht die Schadensverteilung allein nach der Birkmeyerschen Theorie vorgenommen werden, wo die Bedingungen zahlenmäßig feststellbar sind [2]). Es würde zu unbilligen Härten führen, wollte man hier lediglich nach den Zahlen der entfalteten Energien, wie besonders Schollmeyer [3]) lehrt, entscheiden, ohne auch nur in der geringsten Weise auf das Verschulden Rücksicht zu nehmen. Rümelin [4]) glaubt, die Mängel der von Endemann und Schollmeyer vorgeschlagenen Lösung dadurch umgehen zu können, daß er als die vorwiegende Ursache die Bedingung bezeichnet, die die Möglichkeit des Erfolges generell erhöht. Der Begriff der vorwiegenden Verursachung bietet die Gewähr dafür, die Uebergänge von der „ganz minimalen Begünstigung" zur bloß sehr geringfügigen Begünstigung oder von einer Begünstigung, die nach den Regeln des Lebens noch als erheblich gelte, zu einer solchen, bei der das garnicht mehr zutreffe, ins Auge zu fassen. Mit Recht weist demgegenüber Traeger [5]) darauf hin, daß die Grade der Möglichkeit nicht immer annähernd derartig angegeben werden könnten, um die beiden Tatsachen, die Handlung des Schädigers und die des Geschädigten in dieser Hinsicht miteinander vergleichen zu können. Schließlich vermisse man auch bei Rümelin eine Berücksich-

[1]) Endemann Lehrbuch § 132 Anm. 3, 1 a und Anm. 4, Schollmeyer 5, auch Protokolle I S. 300.
[2]) Traeger § 15 und S. 348/49. [3]) a. a. O. [4]) S. 313. [5]) S. 352 ff.

tigung des subjektiven Tatbestandes. Die Möglichkeit des Erfolges könne nach seiner Formel auf beiden Seiten die gleiche sein, aber es sei doch nicht bedenkenfrei, wolle man hier überall gleich entscheiden, ohne zu beachten, daß der Verletzer oder der Verletzte fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt habe. Diesen Ausführungen Traegers muß zugestimmt werden. Traeger selbst knüpft dann an die Kritik der Rümelinschen Lehre die Folgerung an, das überwiegende Verschulden des Schädigers oder des Geschädigten sei entscheidend für die Frage der Haftung, in keiner Weise aber das vorwiegende Verursachen des einen oder des anderen Teiles. Der Traegersche Standpunkt findet sich auch bei anderen Schriftstellern[1]). Als Begründung führt man an, daß in der Zeit vor dem BGB die allgemeine Anschauung in der Literatur dahin ging, die Schadensverteilung durch Abwägung der Schuld zu bestimmen. Dem Teile, den das größere Verschulden getroffen hätte, sei die Ersatzpflicht entsprechend auferlegt worden. Es könne unmöglich angenommen werden, daß das BGB dieses Prinzip beseitigt und nur dem reinen Kausalverhältnisse den Vorzug gegeben habe. Die Auffassung, daß das Verschulden auf beiden Seiten für die Feststellung der Ersatzpflicht in § 254 ausschlaggebende Bedeutung besitze, mag für eine Reihe von Fällen zu einer befriedigenden Lösung führen. Hat der Beklagte arglistig gehandelt und trifft den Kläger nur ein fahrlässiges Verhalten, so wird man in der Regel zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß wegen des Vorsatzes des Schädigers eine Minderung der Ersatzpflicht nicht auszusprechen ist[2]). Damit kann aber der von Traeger und von Leyden gefundenen Formulierung doch nicht zugestimmt werden. Die Auffassung geht entschieden zu weit, weil sie die Kausalfrage ganz unberücksichtigt läßt. Sie steht auch im Widerspruch zum Gesetz, denn auf die Heranziehung des ursächlichen Teiles wird besonders Wert gelegt. Schließlich können bei der alleinigen Berücksichtigung des Verschuldens auch nicht alle Fälle erfaßt werden. Besonders dann, wenn der Beklagte lediglich auf Grund einer Gefährdungshaftung zu belangen ist, müßte nach Traeger der Kläger, den vielleicht ein geringes mitwirkendes Verschulden trifft, den ganzen Ersatzanspruch verlieren, weil der Gegner ohne Schuld ist. Daher hat man mit Recht gefordert, es sollen bei der Schadensverteilung alle Umstände in

---

[1]) von Leyden S. 51 ff.; Krückmann Jahrbuch Dogm. Bd. 55 S. 7 ff.; Gottschalk S. 98 ff.

[2]) so auch Leonhard S. 194; ferner RGZ 69 S. 281; 76 S. 323; 78, S. 394; RG in JW 11 S. 91; RG in Gruchot 64 S. 214; Seuff. Arch. 72 S. 319.

Rücksicht gezogen werden[1]). Diese Auffassung steht zunächst mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang, nach dem das Ueberwiegen der Verursachung zwar nicht den einzigen, aber einen besonders wichtigen Faktor bei der Feststellung des Ersatzanspruches darstellt. Wir setzen uns damit auch nicht in Widerspruch mit den von Traeger gegenüber Endemann und Rümelin gemachten Ausführungen, denen wir uns oben angeschlossen haben[2]). Wir haben dort die Einseitigkeit und in manchen Fällen die Unbrauchbarkeit der Lehren verurteilt, die allein auf Grund des ursächlichen Verhältnisses die Rechtsfolgen in § 254 feststellen wollen. Soweit dieses in der vom Gesetze beabsichtigten Art und Weise geprüft werden kann, ist es nach unserer Auffassung unter Hinzuziehung des Verschuldens beider Teile für die Entscheidung zu verwerten, ob der Ersatzanspruch zum Teil oder überhaupt nicht bestehen bleiben kann.

§ 5.

2. Kapitel.

Die Bedeutung der Vorschrift des Abs. 2 Satz 2.

Das Gesetz hat in § 254 nicht nur für den Fall, wo den Kläger selbst mitwirkendes Verschulden trifft, eine Regelung getroffen, sondern auch die Vorschrift des § 278 entsprechend für anwendbar erklärt. Damit ist der Ersatzanspruch des Klägers noch von dem Verhalten seiner Hilfspersonen, deren er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, abhängig gemacht worden. Die Anordnung der Verweisung im Gesetz hat zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben. Man streitet darüber, ob die entsprechende Anwendung von § 278 nur für den 2. Absatz oder auch für den ersten in Betracht kommt. Die Vertreter der engeren Auffassung[3]) können sich nur auf die Stellung im Gesetze berufen. Weil der Hinweis auf § 278 sich lediglich in dem Absatze befinde, der von den Unterlassungen handele, sei er auch nur hierfür maßgebend. Es mag zugegeben werden, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch mit der Einordnung der einzelnen Vorschriften ein bestimmter Zweck verbunden ist. Sollen andere auf den ganzen Paragraphen entsprechend angewendet werden,

[1]) So Leonhard a. a. O. Dernburg § 32; Oertmann § 254 2a; auch wohl Enneccerus-Lehmann § 12,5; RGZ 51 S. 278; 53 S. 399; 54 S. 14; 56 S. 156/57; 62 S. 146; 73 S. 553; 75 S. 393 ff. RG in JW 04 S. 448 Nr. 3; 05 S. 15; 05 S. 490 Nr. 10, Nr. 11; S. 717; 06 S. 54, S. 808; 28 S. 2436. RG im Recht 09 Nr. 638; RG in Jur. Rdsch. 28 S. 1096.

[2]) S. ff. der Arbeit.

[3]) Cohn Gruchot Bd. 43 S. 118; Feder a. a. O. S. 51. RGZ 62 S. 349; OLG im Recht 05 Nr. 2653; Rospatt im Recht 02 S. 96.

so wird die Anordnung in einem besonderen Absatz getroffen (§§ 1926, 2028, 2180 u. a.)[1]). Soll dagegen nur ein einzelner Absatz erfaßt werden, so wird der Hinweis diesem als Satz oder Halbsatz beigefügt (§§ 1957, 2; 2153, 2, u. a.). Diese rein äußere Stellung im Gesetze kann für eine bestimmte Auslegung von Bedeutung sein, wenn auch noch andere Faktoren dafür herangezogen werden können. Im vorliegenden Falle kann jedoch die Beschränkung der Anwendbarkeit des § 278 nur auf die äußere Anordnung gestützt werden. Rospatt[2]) will noch die Entstehungsgeschichte für seine Auffassung verwerten. Doch diese ist ohne besondere Beweiskraft. § 222 des ersten wie § 217 des zweiten Entwurfs enthielten weder die Schlußbestimmung noch überhaupt etwas von dem ganzen Absatz 2; erst im revidierten Entwurf II § 249 und in der Reichstagsvorlage § 248 ist die Verweisung enthalten. Die Protokolle führen jedoch keine näheren Gründe über die Aenderung an[3]). Anderseits spricht aber auch gegen die oben erwähnte Unterscheidung, daß in Absatz 2 nur einige besondere Fälle genannt sind, die schon von Absatz 1 mit umfaßt werden. Absatz 2 will das Anwendungsgebiet des Absatzes 1 nicht erweitern, sondern nur erläutern[4]). Die Unterlassung ist nur eine Art der Handlung im weiteren Sinne; zu dieser gehört auch das positive Tun. Daher sind Vorschriften, die für die Unterlassung maßgebend sind, auch auf das positive Tun ohne weiteres anwendbar. Das Gesetz bringt diese Auffassung auch durch die Worte zu Beginn des zweiten Absatzes zum Ausdruck. Wir gelangen damit zu dem Ergebnis, daß Absatz 2 Satz 2 des § 254 auch für den Absatz 1 maßgebend ist.

Noch bedeutsamer ist die Frage, wie die Verweisung des Gesetzes inhaltlich verstanden werden soll. Zwei Ansichten stehen sich hier gegenüber. Die eine legt die Bestimmung des Gesetzes so aus, daß der nach § 254 für eigenes Verschulden haftende Geschädigte bezüglich der Haftung für Hilfspersonen im Sinne des § 278 in allen Fällen das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden vertreten muß[5]). Nach dieser Auslegung findet § 278 ganz allgemein Anwendung, ohne Rücksicht darauf, ob der Beschädigte zum Schädiger in einem Schuldverhältnis steht oder zwar ein Schuldverhältnis zwischen Schädiger und Beschädigtem gegeben ist, die schädigende Handlung aber nicht in den Kreis der Erfüllungshandlungen fällt; schließlich kann es an einem Schuldverhältnis überhaupt fehlen[6]). Diese Auffassung ver-

[1]) Fischer a. a. O. S. 65. [2]) a. a. O [3]) Vgl. Binder a. a. O. S. 165. [4]) So auch Traeger S. 341. Leonhard a. a. O. S. 189. Von Leyden a. a. O. S. 80, Oertmann § 254, 5 a. Enneccerus-Lehmann § 12 Anm. 11; Kohler, Technik der Gesetzgebung a. a. O. S. 355.

[5]) Vgl. auch Staudinger § 254 2 e β. [6]) Vgl. hierzu auch Kahn a. a. O. S. 353.

wirft die andere Lehre. Danach darf § 278 nur Anwendung finden, wenn gegen die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit durch die betreffenden Hilfspersonen verstoßen ist. Im folgenden sollen die einzelnen Lehren besprochen und einer Kritik unterzogen werden. Anschließend soll zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte Stellung genommen werden.

Die Anhänger der weiteren Ansicht, die die Berücksichtigung des § 278 nicht auf die Fälle beschränken, wo der Beschädigte dem Schädiger gegenüber eine Verbindlichkeit verletzt hat, führen verschiedene Begründungen an. Die einen [1]) sehen in § 254 eine gesetzliche Verbindlichkeit für den Beschädigten ausgesprochen, dem von einem anderen drohenden Schaden durch ein Aufmerksammachen, Abwenden oder Mindern entgegenzutreten. Zur Erfüllung dieser Pflicht könne sich der Geschädigte dritter Personen bedienen. Fällt ihnen hierbei ein Verschulden zur Last, so müsse der Verletzte ein solches kraft Absatz 2 Satz 2 wie eigenes vertreten. Die Wendung „entsprechende" Anwendung des § 278 sei nötig gewesen, um den in § 254 stattgefundenen Rollentausch anzudeuten. Die Stellung des „Gläubigers" nehme der Schadensstifter, die Stellung des „Schuldners" der Verletzte ein; Erfüllungsdiener sei schließlich der, der für den Beschädigten oder Bedrohten tätig werde.

Diese Ansicht wird selbst von Schriftstellern, die ihr im Ergebnis zustimmen, insofern bemängelt [2]), als sie nur eine Regelung für Absatz 2 des § 254 trifft, aber nicht für Absatz 1. Dies wird von Schroeder [3]) vermieden, indem er den Satz aufstellt, es sei in § 254 dem Pflichtigen gegen den Verletzten ein Recht gewährt, nicht zu leisten, wenn den Geschädigten ein Verschulden treffe. Dieser müsse sich seines Anspruches enthalten, wenn er durch nachweisbar schuldhafte Handlungen oder Unterlassungen der von ihm zur Wahrung seiner Interessen berufenen Personen einen Schaden erleide. Beiden Auffassungen sowohl der einen, die nur den Absatz 2 des § 254, als auch der anderen, die den ganzen § 254 zugrunde legen, muß entgegengehalten werden, daß eine Rechtspflicht dem Schädiger gegenüber nicht besteht [4]). Wir haben oben [5]) eine nähere Begründung dieser unserer Ansicht gegeben. Das nicht ordnungsgemäße Verhalten des Geschädigten ist für ihn lediglich ein Vorgang, durch den er seinen Ersatzanspruch ganz oder teilweise verliert, weil er eine Vorbedingung für die Erlangung dieses Rechtes nicht erfüllt hat. Hierauf ist aber die für eine

---

[1]) Fischer a. a. O. S. 66 ff; Cosack 4. Aufl. S. 330, 5. Aufl. S. 387. Warneyer § 254 1 A. 18 u. V.

[2]) Kahn a. a. O. S. 354. [3]) a. a. O. S. 309 u. 314. [4]) So auch Leonhard a. a. O. S. 190, Oertmann § 254 5 b β. [5]) S. 19 ff. der Arbeit.

Schuldnerpflicht maßgebende Vorschrift der § 278 nicht anwendbar.

Andere[1]) wieder wollen zwar keine eigentliche Rechtspflicht annehmen, die der Geschädigte durch Dritte erfüllt, sondern auf Grund der von Zitelmann vertretenen Lehre vom „Selbstverschulden" eine Verpflichtung gegen sich selbst; zur Erfüllung der ihm zwecks Schadensabwendung obliegenden eigenen Interessenbetätigung könne sich der Verletzte gewisser Hilfspersonen bedienen, für die er wie für eigenes Verschulden einzustehen habe. Diese Beweisführung steht und fällt mit der oben[2]) besprochenen Auffassung über das Wesen des eigenen Verschuldens, nach der es sich in § 254 um eine Mißbilligung vom eigenen Interessenstandpunkt handeln soll. Eine Verpflichtung gegen sich selbst kann aber nicht anerkannt werden; die hierfür maßgebenden Gründe sind an früherer Stelle[3]) erörtert worden.

Auf anderem Wege sucht Kahn[4]) eine erweiterte Auslegung des § 254 Absatz 2 Satz 2 zu begründen. Er knüpft an an die gesetzliche Vorschrift, nach der eine „entsprechende" Anwendung des § 278 geboten sei. Die Bedeutung dieses im BGB häufig wiederkehrenden Ausdruckes sei näher zu betrachten. Man könne bei einer solchen Untersuchung feststellen, daß im BGB die Bezeichnung „entsprechende Anwendung" neben einer ähnlichen Ausdrucksweise „die Bestimmung des § . . . findet Anwendung" vorkomme. Daraus ergebe sich, daß die „entsprechende Anwendung" etwas von der „Anwendung" verschiedenes sein müsse. Diese Bezeichnung deute an, daß in die vorliegende Bestimmung eine andere mit ihren Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen einzuschalten sei; als Beispiel wird bei Kahn auf § 215 Abs. 1 verwiesen, wo § 211 Abs. 2 als Ganzes anzuwenden sei. Anders verhalte es sich bei der „entsprechenden Anwendung". Hierbei lägen verschiedene Rechtsvoraussetzungen vor und doch solle die Rechtsfolge der Bestimmung, auf die verwiesen würde, dort Berücksichtigung finden, wo die „entsprechende Anwendung" erklärt sei; z. B. § 182 Abs. 3 und § 111, Satz 2, 3. Als Ergebnis könne man formulieren: Bestimme das Gesetz in einem Paragraphen „entsprechende Anwendung" eines anderen, so heiße das, es solle in diesem Paragraphen trotz der Verschiedenheit seiner Rechtsvoraussetzungen mit denen des anderen dessen Rechtsfolgen zur Anwendung kommen. Kahn wendet das von ihm gefundene Ergebnis sodann auf die Vorschriften des § 254 Abs. 2 S. 2 an und folgert, daß Rechts-

---

[1]) Oertmann a. a. O.; Staudinger § 254 2 e, β; von Leyden a. a. O. S. 80; auch Planck § 254,5.

[2]) S. 10 ff, S. 13 ff. der Arbeit. [3]) S. 13 ff. der Arbeit. [4]) a. a. O. S. 354 ff.

voraussetzung des § 278 die sei, daß ein Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit dritter Personen bediene. Rechtsfolge sei dann die, daß er für diese Personen hafte. Würde auch in § 254 vorausgesetzt, daß ein Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit dritter Personen bediene, so dürfe nicht „entsprechende" Anwendung von § 278, sondern es müßte unmittelbare Anwendung desselben vorgeschrieben sein. Mit der Bezeichnung „entsprechende Anwendung" wolle man ausdrücken, daß die Rechtsvoraussetzung in Absatz 2 Satz 2 des § 254 verschieden sei von der des § 278. Damit sei eine gesetzliche Handhabe gegeben, im Rahmen des § 254 die Rechtsfolgen des § 278, die Haftung für Gehilfen, auch dann anzuwenden, wenn die Rechtsvoraussetzungen von § 278 fehlten.

Diese von Kahn vorgetragene Lehre bemüht sich, möglichst wortgetreu den Sinn des Gesetzes zu erfassen. Dabei verkennt sie aber den besonderen Charakter des in § 254 behandelten Ersatzanspruches des Geschädigten. Nur unter Berücksichtigung dieses Umstandes darf die „entsprechende Anwendung" erfolgen. In § 278 wird an die Verletzung einer Verbindlichkeit eine bestimmte Regelung geknüpft; in § 254 dagegen ist dem Geschädigten dem Schädiger gegenüber keine Verpflichtung auferlegt. Sein ordnungsgemäßes Verhalten ist nur eine Bedingung für einen Rechtserwerb, nämlich den Ersatzanspruch. Daß das Verhalten des Verletzten keine eigentliche Verbindlichkeit darstellt, erkennt auch Nußbaum[1]) an, wenn auch die Bezeichnung derselben als „unechte Verbindlichkeit" gerade keine glückliche ist. Denn eine „echte Verbindlichkeit" kann nach Nußbaum nur eine Verpflichtung zur Leistung sein. Unechte Verbindlichkeiten wären demnach diejenigen Verpflichtungen, die nicht Verbindlichkeiten seien. Das wären demnach auch alle Unterlassungen. Daß aber solche nie echte Verbindlichkeiten sein könnten, steht im Widerspruch zu § 241 BGB. Deshalb ist die von Nußbaum angestrebte Unterscheidung zwischen „echten" und „unechten Verbindlichkeiten" besser zu vermeiden. Aber richtig ist, daß wir es auf Seiten des Geschädigten in § 254 nicht mit einer Rechtsverpflichtung zu tun haben. Dies entspricht auch der oben von uns aufgestellten Lehre. Daher ist die entsprechende Anwendung des § 278 dazu nötig, um diesen überhaupt für anwendbar zu erklären[2]). Enthielte § 254 ein Schuldverhältnis zwischen dem Beschädigten und dem Schädiger, so wäre der Hinweis auf § 278 überflüssig. § 278 würde dann ohne weiteres anwendbar sein. Ein Schuldverhältnis liegt aber nicht vor. Die gesetzliche Verweisung muß aber einen tieferen Sinn haben. Demnach kann § 254 Abs. 2

[1]) a. a. O. S. 52 ff. [2]) Aehnlich Nußbaum a. a. O. S. 54.

S. 2 nur die Bedeutung haben, daß auf das zwischen Verletztem und Verletzer bestehende eigenartige Verhältnis, das nicht Schuldverhältnis ist, § 278 in der Weise anzuwenden ist, daß der Beschädigte das schuldhafte Handeln seiner Hilfspersonen nur zu vertreten hat, wenn diese in Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Schädiger gehandelt haben[1]). Selbst Kahn[2]) erkennt an, daß man zu diesem Resultat kommen müßte, wollte man in § 254 keine eigentliche Verbindlichkeit für den Verletzten sehen. Er lehnt es aber ab, in § 254 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 von dem Begriffe der Verpflichtung für den Verletzten abzugehen. Damit stellt er sich jedoch mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch; denn an anderer Stelle[3]) verwirft er sehr scharf die Versuche, im § 254 eine obligatio sui generis aufzustellen. Die von Kahn geforderte erweiterte Auslegung des § 254 Abs. 2 S. 2 kann daher nicht überzeugen. Eine weitere Auslegung aus der entsprechenden Anwendung zu folgern, ist unbedingt abzulehnen. Der gesetzliche Hinweis wird dadurch völlig erklärt und erschöpft, daß auf ein Nicht-Schuldverhältnis in § 254 zwischen Geschädigtem und Beschädiger eine Bestimmung anzuwenden ist, nach der für den Fall, daß ein wirkliches Schuldverhältnis vertraglicher oder gesetzlicher Art oder eine aus diesem abzuleitende Nebenabrede zwischen den beiden Beteiligten vorliegt, die dort in § 278 angeführten Rechtsfolgen einzutreten haben. Eine gesetzliche Pflicht im Sinne unserer Auffassung ist beispielsweise im § 3 des Binnenschiffahrtsgesetzes gegeben; hiernach hat der Schiffseigner für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt, wie für eine eigene schuldhafte Handlung einzustehen. Ferner kann im folgenden Fall § 254 Anwendung finden: A. verpflichtet sich, für B. eine Maschine aufzustellen. B. verspricht hierfür die Hilfe seiner Leute. Durch die Fahrlässigkeit des Monteurs des A. und der Leute des B. wird die Maschine zerstört. Klagt nun B. gegen A. auf Schadensersatz, so muß er sich die Einrede des mitwirkenden Verschuldens gefallen lassen, denn B. muß das Verschulden seiner Leute, die er zur Aufstellung der Maschine, der Erfüllung seiner Verbindlichkeit, herangezogen hat, in gleicher Weise vertreten, wie sein eigenes. Anders ist der vielfach vorkommende Fall zu beurteilen, wenn sich jemand, der durch die Handlungsweise eines Dritten verletzt ist, in ärztliche Behandlung begeben muß. Versäumt hierbei der Arzt

---

[1]) So im Ergebnis Leonhard a. a. O. § 190; Weyl a. a. O. S. 605; Endemann Lehrbuch § 132 Anm. 25, Gottschalk a. a. O. S. 121; Schollmeyer § 254,6 c. Auch Freytag a. a. O. S. 54 u. Nußbaum S. 54.

[2]) a. a. O. [3]) a. a. O. S. 354.

schuldhafterweise, die zur Heilung erforderlichen Mittel anzuwenden, so kann der Arzt nicht als Erfüllungsperson des Verletzten angesehen werden[1]). Denn ein Schuldverhältnis oder eine aus solchem abzuleitende Nebenverpflichtung, sich heilen zu lassen, besteht gegenüber dem Verletzer nicht. Diese Entscheidung hat in der Literatur vielfach Widerspruch gefunden. Vor allem nimmt Planck[2]) an, daß der Verletzte für das schuldhafte Verhalten seines Arztes einzustehen habe. Er begründet seine Ansicht zunächst damit, daß der Kläger seine eigenen Interessen nicht genügend gewahrt habe, indem er zu ihrer Erhaltung dritte Personen herangezogen habe, die ein Verschulden treffe und das er zu vertreten habe. Diese Auffassung ist auf die oben schon abgelehnte Lehre vom Selbstverschulden zurückzuführen. Dann behauptet Plank, auch die Billigkeit widerstreite dieser Ansicht nicht. Der Beschädigte würde dadurch nicht beeinträchtigt; er könne sich, soweit sein Anspruch gegen den Schädiger infolge mitwirkenden Verschuldens des Arztes wegfalle oder vermindert werde, an den Arzt halten, und der Billigkeit dürfte es mehr entsprechen, wenn dieser den Schaden oder einen Teil desselben trüge, als wenn der Schädiger ihn allein zu tragen hätte. Aber ein billiges Ergebnis kann darin m. E. nicht gefunden werden. Denn daß der Geschädigte vielleicht noch einen Prozeß mit dem Arzt über die mißglückte Behandlung führen soll, während demgegenüber der Schädiger sich mit dieser Angelegenheit weiter nicht abzugeben hat, ist dem Verletzten nicht zuzumuten. Der Schädiger ist Urheber der Verletzung gewesen; er trägt auch das Risiko des ärztlichen Eingriffes[3]). Hat der Arzt seine Pflichten vernachlässigt, so darf das nicht auf Kosten des Geschädigten geschehn, indem man ihm seinen Ersatzanspruch einfach aberkennt. Inwieweit der Geschädigte etwa nach § 831 den Anspruch verlieren kann, ist weiter unten auszuführen[4]).

Beispiele des mitwirkenden Verschuldens von Hilfspersonen sind im täglichen Leben eine häufige Tatsache; daher werden auch die Gerichte immer wieder zur Schlichtung von solchen Streitfällen angegangen. Auf die Stellungnahme der Rechtsprechung zu dieser Frage soll daher in folgendem näher eingegangen werden.

Die Praxis der obersten Gerichte vertritt grundsätzlich die Auffassung[5]), daß die Vorschrift des § 278 im Falle des § 254

---

[1]) So auch Leonhard a. a. O.; Oertmann § 254; Nußbaum a. a. O. Anm. 37; Endemann a. a. O. [2]) § 254, 5. [3]) So auch RGZ 83 S. 20. [4]) Siehe auch S. 44 ff. der Arbeit. [5]) RGZ 54 S. 405; 55 S. 321, 330 ff.; 62 S. 349; 75 S. 258; 77 S. 211; 78 S. 177; 79 S. 319; 91, S. 138; 119 S. 155; 121 S. 118; RG in JW. 1911 S. 211 Nr. 4, S. 754; 1920 S. 965 Nr. 4; 1928 S. 398; RG in Warneyer Erg. Bd. 1913 S. 166 OLGE 16 S. 211. Seuff. Arch. 59 S. 90; 71, S. 185, LZ 28 S. 188 auch: RGZ 62 S. 106 ff., OLGE 22 S. 181, OLGE 40 S. 46 ff.

Abs. 2 S. 2 nur dann zu berücksichtigen sei, wenn dritte Personen in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Geschädigten gehandelt hätten. Doch dürften die Begründungen nicht immer unsere Zustimmung finden können. So sagt das Reichsgericht[1]), indem das Gesetz für den Fall des § 254 Abs. 2 die entsprechende Anwendung des § 278 vorschreibe, gehe es von der Unterstellung aus, der Beschädigte sei dem Gegner verpflichtet, ihn auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, ebenso auch verpflichtet, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. In Ansehung dieser Verpflichtung würde der Geschädigte als „Schuldner" behandelt und für ein Verschulden derjenigen Personen verantwortlich gemacht, die ihn in der Erfüllung der Verbindlichkeit als gesetzlicher Vertreter zu vertreten haben, oder deren er sich hierzu als seiner Gehilfen bediente. Das Reichsgericht sieht hier das erforderliche „Schuldverhältnis" in einem sog. gesetzlichen Schuldverhältnis, das in § 254 Abs. 2 S. 1 normiert sei. Eine derartige Verpflichtung wurde aber von uns oben abgelehnt. In einer anderen Entscheidung[2]) spricht das höchste Gericht sehr klar den Satz aus, die entsprechende Anwendung des § 278 BGB sei entweder so auszulegen, daß man das Vorhandensein einer zu erfüllenden Verpflichtung auf Seiten des Beschädigten und Ersatzberechtigten fordere, oder dahin, daß überall, wo für den Schädiger und Ersatzpflichtigen § 278 Platz zu greifen habe, also auf seiner Seite eine zu erfüllende Verpflichtung vorlag und verletzt wurde, für das mitwirkende Verschulden auf der Seite des Beschädigten in gleicher Weise die Haftung für jene Personen einzutreten habe. Aus diesen Erwägungen ergibt sich für unsere Lehre eine wichtige Stütze. Nur bei Verbindlichkeiten hat der Geschädigte das schuldhafte Verhalten seiner Hilfspersonen zu vertreten, sei es nun, daß es sich um die Ausführung vertraglicher oder gesetzlicher Schuldverhältnisse oder um solche Verpflichtungen handelt, die sich als Nebenverbindlichkeiten aus dem Wesen des zwischen den beiden Parteien bestehenden Schuldverhältnisses ergeben. Die weiteren Ausführungen des Reichsgerichts lauten folgendermaßen: Zwischen dem Schädiger und dem Verletzten bestehe bei einer unerlaubten Handlung vor Begehung derselben auf keiner Seite irgend ein Schuldverhältnis; erst durch die unerlaubte Handlung selbst würden sie zueinander in gewisse Rechtsbeziehungen treten; es sei auf der einen Seite ein Gläubiger-, auf der anderen Seite ein Schuldverhältnis, wenn der Schaden schon eingetreten sei, bereits entstanden; drohe der Schaden noch, so seien die beiden eben genannten Rechtsverhältnisse doch im Entstehen begriffen.

[1]) RGZ 55 S. 331. [2]) RGZ 62 S. 348.

Aus dem ursächlich begründeten Gläubigerverhältnis könnten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gewisse Diligenzpflichten gegen den anderen Teil für den Beschädigten abgeleitet werden, die in ausdrücklicher positiver Bestimmung hinsichtlich der Abwendung und Minderung des Schadens das Gesetz in Absatz 2 des § 254 BGB dem Beschädigten dem Schädiger gegenüber auferlege. Insoweit es sich daher um die Abwendung eines aus der bereits verursachten unerlaubten Handlung drohenden und um die Minderung eines daraus schon entstandenen Schadens handele, stellen die bezeichneten gesetzlichen Diligenzpflichten nach § 254 Absatz 2 sich als Verpflichtungen gegenüber der Person des Schädigers im Sinne des § 278 dar, die dessen entsprechende Anwendung auch außerhalb des Gebietes der rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten gestatten und rechtfertigen. Eine Ausdehnung der Anwendung des § 278 im Gebiete der unerlaubten Handlungen über die bezeichnete Grenze hinaus auf jedes Verschulden von gesetzlichen Vertretern und Hilfspersonen, das auch nur zur Entstehung des Schadens (§ 254 Absatz 1) mitgewirkt habe, könne nicht als richtig anerkannt werden. Nicht dürfe eine solche Auffassung damit begründet werden, man sei verpflichtet, sich und seine Güter vor Schaden zu bewahren. Solche Verpflichtungen seien nur solche gegen die eigene Person, nicht gegen einen Dritten, also keine Pflichten im juristischen Sinne und nicht im Sinne des § 278. Eine Ausdehnung der Anwendung des § 278 über die genannte Grenze hinaus liege auch nicht im Interesse der Billigkeit; sie würde vielmehr eine auffallende Rechtsungleichheit zu Ungunsten des Beschädigten herbeiführen. Denn während auf der Seite des Schädigers für das Gebiet der unerlaubten Handlungen der Vertretene und Geschäftsherr für ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters, von der Haftung in §§ 31, 89 abgesehen, gar nicht, für die Handlungen und Unterlassungen von Hilfspersonen nur in den Grenzen des § 831 einzustehen habe, würde der Beschädigte bei einer solchen Anwendung des § 278 im Bereiche der unerlaubten Handlungen für die Versehen aller dieser Personen unbedingt einzutreten haben.

Mit der Feststellung, daß in § 254 Abs. 2, S. 1 gewisse Diligenzpflichten statuiert seien, geht das Reichsgericht zu weit. Einmal lehnt dasselbe sich damit eng an an die von uns auch in § 254 Absatz 2 abgelehnte Verpflichtung ex lege; außerdem erscheint die Auffassung, daß bei drohendem Schaden ein im Entstehen begriffenes Gläubigerverhältnis vorliege, den Tatsachen nicht gerecht zu werden. Denn solche Beziehungen sind nur mögliche; es kann ja der Schädiger im letzten Augenblick von

der Schadenszufügung noch Abstand nehmen[1]). Diligenzpflichten in § 254 Absatz 2 können wir daher nicht anerkennen.

Zutreffend sind die weiteren Ausführungen des Reichsgerichts. Es wird die Auffassung zurückgewiesen, daß in § 254 Abs. 1 eine gesetzliche Verpflichtung begründet sei, auf die § 278 entsprechend angewendet werden müßte. Man könnte höchsten von einer Verbindlichkeit gegen sich selbst sprechen; diese stellt aber keine Verpflichtung im Sinne des § 278 dar. Dieser für § 254 Abs. 1 vom Reichsgericht entwickelte Standpunkt entspricht der von uns vertretenen Meinung. Es ist sonderbar, daß das höchste Gericht die hier erkannte Folgerung nicht auch auf den Absatz 2 anwendet, da doch einmal der Wortlaut „dies gilt auch dann" hierzu zwingt, ferner aber auch, daß positives Tun und Unterlassung Bestandteile der Handlung im weiteren Sinne, also wesensgleich sind.

Gegen die vom Reichsgericht festgestellte Ungleichheit, daß der deliktische Schädiger nur bedingt nach § 831 einzustehen habe, ist in der Literatur[2]) angeführt worden, daß zwischen eigener Ersatzpflicht und dem Verlust des Ersatzanspruches gegen den Schädiger auch sonst im BGB kein völliger Parallelismus bestehe. Wenn man dem auch zustimmt, so ist damit immer noch nicht gesagt, daß stets ein Unterschied vorliegen muß. Der von Oertmann und Plank erhobene Einwand steht daher der gleichmäßigen Behandlung von Ersatzpflichtigen und Ersatzberechtigten nicht entgegen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb der Beschädigte schärfer herangezogen werden soll, als der Schadensstifter. Beide greifen in eine fremde Rechtssphäre ein; dafür müssen sie auch unter gleichen Voraussetzungen belangt werden. Dem Reichsgericht ist demnach darin beizustimmen, wenn es auf die Rechtsungleichheit hinweist, zu der eine zu weitgehende Auslegung des § 254 Abs. 2, S. 2 führen würde.

In seinen späteren Entscheidungen[3]) hat das Reichsgericht unter Beibehaltung der von ihm in der Auslegung des § 254 Abs. 2, S. 2 festgestellten Grundsätze eine Modifizierung seiner Auffassung vorgenommen. Es geht davon aus, daß sich eine Ungleichheit bezüglich der Behandlung des Schädigers und des Geschädigten ergebe, wenn man zwar ersteren für das Verhalten Dritter gemäß § 831 BGB haften lasse, letzterem aber nur sein eigenes Verschulden anrechnen wolle; während im Anwendungsgebiete des § 278 der Schädiger und der Verletzte hinsichtlich der Haftung für das Verschulden der Hilfspersonen gleichmäßig behandelt würden, wäre das im übrigen nicht der Fall; ein Ergebnis, das praktisch wenig befriedige. Nun enthalte aber der

[1]) So mit Recht Grünebaum a. a. O. S. 100.
[2]) Oertmann § 254, 5 b α; Planck § 254,5.
[3]) Seit RGZ 77. S. 212.

§ 831 BGB nicht minder den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens als § 278; in beiden Fällen handele es sich um die Haftung für fremdes Verhalten, das verschieden geregelt werde, je nachdem die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder die Ausführung einer Verrichtung in Frage komme. Würde der eine dieser Rechtsgrundsätze im Falle mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten auf diesen angewendet, so sei nicht abzusehen, weshalb nicht auch das andere anwendbar sein sollte, sobald seine tatsächlichen Voraussetzungen sonst gegeben seien. Die Ausdehnung des § 831 auf den Geschädigten liege aber noch näher, als die des § 278 auf den Ersatzberechtigten; denn in § 831 handele es sich zwar um eine Haftung für fremde Widerrechtlichkeit, zugleich aber für eigenes Verschulden, das in der mangelhaften Auswahl der bestellten Person bestehe. Daß in § 254 nur § 278 für entsprechend anwendbar erklärt würde, sei kein durchschlagendes Gegenargument. Hieraus lasse sich nicht der Ausschluß einer entsprechenden Anwendung des § 831 auf den Beschädigten schließen. Dieser Auslegung des Reichsgerichts ist zuzustimmen[1]). Die vom Gesetze gewollte Anwendung des § 278 bleibt davon unberührt. Andererseits wird den Verhältnissen, wo eine Verbindlichkeit nicht vorliegt, gebührend Rechnung getragen. Die Heranziehung des § 831 liegt hier näher, als die des § 278, weil dort für die Fälle eine Regelung getroffen ist, die nicht unter § 278 fallen. Stoßen also zwei Wagen zusammen, so ist auf die Einrede des eigenen Verschuldens durch den Beklagten zu prüfen, ob der Kläger etwa bei Anstellung seines Kutschers die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hatte. Auch bezüglich der[2]) oben schon unter dem Gesichtspunkt des § 278 geprüften Frage, ob der Geschädigte das Verschulden seines Arztes zu vertreten habe, muß untersucht werden, ob den Verletzten bei der Auswahl desselben im Sinne des § 831 ein Verschulden traf. Die Tätigkeit des Arztes fällt nicht mehr in den Kreis desjenigen, was nach § 254 dem Verletzten zu tun obliegt[3]).

In den meisten bisher ergangenen Entscheidungen hat sich die Praxis zu den eben entwickelten Grundgedanken bekannt. Dagegen findet sich auch eine Reihe von Erkenntnissen, in denen die Anwendung des § 278 im § 254 Ab. 2 S. 2 selbst dann gefordert wird, wenn eine Verbindlichkeit nicht gegeben ist. Die Anhänger der Lehre, die § 278 beim konkurrierenden Verschulden sogar berücksichtigen wollen, wenn es sich nicht um eine Ver-

---

[1]) Ebenso auch Manigk, Kritik, zu JW 1928 S. 398. Ferner Landsberg, Kritik zu JW 1920 S. 565 Nr. 4.

[2]) Vgl. S. 40 ff. der Arbeit. [3]) So mit Recht RG in Warn. Erg. Bd. 1913 Nr. 131; RGZ 72, S. 219, RG in JW 1911 S. 754 Nr. 9.

bindlichkeit handelt, stützen sich in erster Linie auf das Urteil des Reichsgerichts Bd. 62 S. 106[1]). Doch m. E. scheint hier eine Abweichung von der üblichen Rechtsprechung nicht vorzuliegen. Zwar wird die Anwendbarkeit des § 278 auf § 254 Abs. 1 ausgedehnt. Aber auch für diesen Fall[2]) wird versucht, das Verhalten des Geschädigten in Absatz 1 als eine Verbindlichkeit aufzufassen, den Gegner nicht zu schädigen. In dieser Beziehung wird der Verletzte als „Schuldner" behandelt und damit zugleich für ein Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, haftbar gemacht. Eine der sonstigen Auffassung des Reichsgerichts, nach der ein sogenanntes gesetzliches Schuldverhältnis vorliegen soll, widersprechende Stellungnahme kann in den eben gemachten Ausführungen nicht erblickt werden. Allerdings hat das Reichsgericht die obligatio ex lege auch auf den Absatz 1 ausgedehnt. Doch an dem Standpunkt, es müsse in § 254 ein Schuldverhältnis, wenn auch ein gesetzliches, gegeben sein, wird festgehalten. Die entsprechende Anwendung des § 278 in § 254 hält man nach wie vor aufrecht; nur glaubt man eben, das allgemeine ordnungsgemäße Verhalten des Geschädigten dem Schädiger gegenüber stelle eine Verbindlichkeit dar. Das höchste Gericht vertritt hier ebenso, wie in anderen Entscheidungen, wo es von Diligenzpflichten spricht, eine Meinung, der wir uns nicht anschließen können. Eine gesetzliche Verpflichtung kann in § 254 für den Geschädigten nicht anerkannt werden. Unsere Stellungnahme zu dieser Frage ist oben näher dargelegt[3]). Doch die grundsätzliche Auffassung des Reichsgerichts, daß § 278 nur bei Verbindlichkeiten anwendbar sei, wird m. E. auch in E. 62 S. 106 ff. nicht aufgegeben. Diese kann daher nicht dafür herangezogen werden, daß § 278 in § 254 auch ohne weiteres auf unerlaubte Handlungen auszudehnen sei.

Als Ergebnis unserer Untersuchung ist demnach festzustellen:

§ 278 findet in § 254 nur dann Anwendung, wenn der Geschädigte zum Schädiger in einem Schuldverhältnisse stand; es genügt, wenn „etwas einer Verbindlichkeit Aehnliches" aus der Hauptverpflichtung hergeleitet werden kann. In allen anderen Fällen kann aber § 278 nicht berücksichtigt werden. Es muß dann auf die Vorschrift des § 831 zurückgegriffen werden, die

---

[1]) Aehnl. auch OLGE 22 S. 182, OLGE 40 Nr. 30 S. 46 ff.; ohne weitere Begründung wendet OLG Darmstadt in Seuff. Arch. Bd. 68 S. 326 den § 278 auch dann in § 254 an, wenn eine Verbindlichkeit des Geschädigten dem Schädiger gegenüber nicht vorliegt.

[2]) besonders RGZ 62 S. 108.

[3]) S. 42 ff. der Arbeit.

zu prüfen ist, wenn der Geschädigte für Hilfspersonen belangt werden soll.

Einige Beispiele mögen noch zur Erläuterung angeführt werden: Beklagter B hat dem Kläger A eine Dampfdreschmaschine zur Verfügung gestellt. Durch Verschulden des Maschinenführers des B bei der Bedienung gerät die Scheune des Klägers A in Brand. Beklagter bringt vor, die Söhne des A wären von deren Vater mit der Leitung der Arbeiten betraut gewesen, und es träfe sie Verschulden. Dies wird festgestellt. Hier ist die Einrede aus § 254 Abs. 2 S. 2 begründet. Denn das Schuldverhältnis zwischen A und B berechtigt jenen nicht nur, sondern es legt ihm auch eine gewisse Tätigkeit, nämlich die Leitung der Drescharbeiten, auf. Hiermit waren seine Söhne beschäftigt. Ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 Abs. 2 S. 2 ist dem A daher anzurechnen [1]).

In einem anderen Falle [2]) hat A durch seinen Gehilfen B Getreide von C gekauft. Die Verbindlichkeit des C besteht hier darin, dem A zu leisten; dieser hat dafür den Kaufpreis zu zahlen. Unterläßt es jetzt der Gehilfe des B schuldhafterweise, einen Deckungskauf in der oben [3]) von uns erwähnten Art abzuschließen, und wird der Schaden dadurch vergrößert, so ist damit zwar nicht die den Geschäftsherrn treffende Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises verletzt, wohl aber entstehen durch einen Kauf vorstehender Art gewisse Nebenverpflichtungen aus dem Kaufverhältnis, beispielsweise die Pflicht, das Verhalten eines ordnungsgemäß handelnden Kaufmanns zu beachten. Verletzung einer solchen Nebenverbindlichkeit würde aber dem Gehilfen zur Last fallen. Daher muß sich der Geschäftsherr hier das mitwirkende Verschulden seines Gehilfen gemäß § 254 Abs. 2 S. 2 anrechnen lassen.

In das Gebiet der unerlaubten Handlungen zählt folgender Fall [4]): Der Diener des A. reizt den Hund des B.; der Hund beschädigt nunmehr dem A gehörige Sachen, beispielsweise die Livree des Dieners. § 278 kann hier gemäß § 254 nicht, wie Staudinger will, Anwendung finden. Wohl könnte im Rahmen des § 831 eine Einrede gegen den Kläger A begründet sein. Die Möglichkeit der Exkulpation wird hier dem Kläger A in gleicher Weise gewährt, wie einem beklagten Geschäftsherrn, der für die unerlaubte Handlung seines Verrichtungsgehilfen einzustehen hat. Damit dürfte auch die Billigkeit entsprechend berücksichtigt sein.

Zu den Hilfspersonen im Sinne des § 278 zählt auch der gesetzliche Vertreter. Doch braucht der Geschädigte beim eigenen

---

[1]) Der Fall ist der Entscheidung in Seuff. Arch. 71 Nr. 108 entnommen.
[2]) Vgl. auch Przibilla in JW 09 S. 182. [3]) Vgl. S. 22 ff. der Arbeit.
[4]) Staudinger § 254, 2 e β.

Verschulden ein Verhalten dieser Person nur zu vertreten, wenn derselbe in Ausführung einer Verbindlichkeit des Verletzten gehandelt hat[1]). Es wird mit Recht darauf hingewiesen, daß doch auch für einen Schaden, den der Vater zugefügt habe, das Kind nicht haften würde, wenn es an einem Schuldverhältnis gefehlt habe. Die Gegner[2]) stützen sich auch hier darauf, daß § 254 Abs. 2. S. 2 erweiternd auszulegen sei. Die Tatsache, daß Kinder und Geisteskranke nicht schuldhaft handeln könnten, daher von einem konkurrierenden Verschulden bei ihnen nicht gesprochen werden könnte, sei zu berücksichtigen; im Interesse der Billigkeit sei § 278 daher auch anzuwenden, wenn eine Verbindlichkeit nicht vorliege. Zur Unterstützung dieser Ansicht führt Traeger ein Beispiel an, in dem der gesetzliche Vertreter müßig zusieht, wie ein Kind aus Unverstand unter die Hufe der von Fliegen gepeinigten unruhigen Pferde gerät und eine Verletzung davonträgt. Der Ersatzanspruch dürfte hier nicht im ganzen Umfange begründet sein. Auf den ersten Blick kann dieses Beispiel stark gegen unsere Lehre sprechen; aber auch nach unserer Auffassung darf der Ersatzanspruch hier nicht voll aufrechterhalten werden. Zu diesem Ergebnis gelangen wir allerdings nicht über § 254 Abs. 2 S. 2; vielmehr fassen wir das Verhalten des Kindes oder des Geisteskranken selbst ins Auge. Hierbei kann nun entweder im Wege der Analogie[3]) nach § 829 der Ersatzanspruch ganz oder teilweise entfallen oder aber es kann festgestellt werden, daß die Handlungsweise des Schädigers für den Unfall garnicht kausal war[4]). Angebliche Härten, die unsere Ansicht über § 254 Abs. 2 S. 2 mit sich bringen würde, lassen sich daher auf anderem Wege vermeiden. Demnach ist daran festzuhalten, daß nach § 254 Abs. 2 S. 2 der Geschädigte ein schuldhaftes Verhalten seines gesetzlichen Vertreters nur dann zu vertreten hat, wenn dieser in Ausübung einer Verbindlichkeit des Verletzten gehandelt hat. Auch mit der Billigkeit ist diese Auffassung zu vereinbaren.

§ 6.
3. Kapitel.
Die Beweislast beim eigenen Verschulden.

Die Verteilung der Beweislast ist davon abhängig, ob der Beklagte sich mit dem Hinweis auf nicht vorhandenen Kausal-

[1]) So zutreffend Leonhard a. a. O. S. 191 und RGZ 54 S. 409; 62, S. 349; RG im Recht 06 S. 240 Nr. 421; in JW 20 S. 965; Auch Freytag S. 62.
[2]) Traeger a. a. O. S. 341, 42; Oertmann § 254 5 b β, γγ; Schroeder a. a. O. S. 312/13. u. a.
[3]) S. 28 ff. der Arbeit.
[4]) S. 30 ff. der Arbeit.

zusammenhang oder damit verteidigt, daß zwar ein ursächliches Verhältnis vorliege, aber durch das Verschulden des Klägers dessen Ersatzanspruch ausgeschlossen oder gemindert sei [1]). Dort handelt es sich um ein Leugnen des Klaggrundes; gelingt es dem Kläger nicht, in dem Richter die Ueberzeugung von der Warheit seiner eigenen oder der Unwahrheit der gegnerischen Behauptungen hervorzurufen, so ist der Beweis nicht erbracht, und der Kläger hat, da ihn die Beweislast für alle Enstehungstatsachen trifft, den Schaden zu tragen. Die Klage muß abgewiesen werden. Ist aber der Kausalzusammenhang gegeben und wird konkurrierendes Verschulden eingewendet, so liegt eine Einwendung vor. Sie betrifft die nachträgliche Entkräftung des Rechts. Kann diese nicht nachgewiesen werden, so trägt der Beklagte die Beweislast. Die Einwendung zerfällt wieder in Einwand und Einrede [2]); es ist für die prozessuale Geltendmachung von großer Wichtigkeit, ob diese oder jene Art der Einwendung vorliegt. Denn der Einwand ist von Amtswegen zu berücksichtigen, während die Einrede lediglich dann Beachtung findet, wenn der Beklagte sich darauf beruft. Ist dieser im Prozeß nicht erschienen, so kann auf Antrag des Klägers Versäumnisurteil ergehen, ohne daß ein etwaiges Mitverschulden zugrunde zu legen ist, wenn es dem Gericht bekannt sein sollte. Ob es sich beim mitwirkenden Verschulden um einen Einwand oder eine Einrede handelt, ist bestritten.

Abzulehnen ist zunächst die Meinung [3]), nach der der Schädiger einen Einwand geltend mache, durch den er zum Ausdruck bringen wolle, daß eine Verpflichtung zum Ersatze ganz oder teilweise nicht entstanden sei. Der Einwand sei daher von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Anhänger dieser Ansicht haben mit „Einwand" ein Verhalten des Beklagten bezeichnet, das nach der in der Literatur und Rechtsprechung feststehenden Auffassung nicht als Einwand angesehen werden kann. Niemals handelt es sich hierbei um die Entstehung des Anspruchs, sondern es ist das Recht in seinem ganzen Umfange entstanden; es wird nur durch einen nachträglichen Vorgang wieder aufgehoben. Die oben erwähnte Lehre versteht unter Einwand aber nichts anderes als Leugnen des Klaggrundes. Dies kann aber nicht mehr dann vorgebracht werden, wenn Kausalität und die übrigen klagbegründeten Tatsachen gegeben sind, der Anspruch des Geschädigten also bereits entstanden ist.

---

[1]) Vgl. zu dieser Frage Leonhard a. a. O. S. 194 ff.; derselbe Beweislast S. 318; ders. auch im Lehrbuch S. 53 ff.
[2]) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht a. a. O.; ders. Beweislast a. a. O.
[3]) Cohn a. a. O. S. 126; Planck § 254, 6.

Eine weitverbreitete Lehre[1]) sieht in der Berufung auf mitwirkendes Verschulden eine Einrede. Nur wenn der Beklagte sich also darauf beruft, wird sie im Prozesse berücksichtigt. Dem ist zuzustimmen. Es besteht kein zwingender Grund, von Amtswegen die Einwendung des Schädigers zu beachten. Es muß dem Willen des letzteren überlassen bleiben, wie er sich zu dem Verhalten des Verletzten stellt. Es würde zu sehr in die Interessen des Klägers eingreifen, wollte man seine schuldhafte Handlungsweise ohne weiteres als eine Tatsache heranziehen, die seinen Anspruch mindert oder aufhebt. Es liegt hier nicht so klar, wie etwa bei der Zahlung oder der Aufrechnung; denn es entspricht der Billigkeit, daß hier das Recht des Klägers auch ohne Hinweis im Prozeß durch eine Einrede erlischt. Beklagter hat seine Schuldigkeit getan; daher soll die Abweisung der Klage auch nicht von einer besonderen Geltendmachung abhängen. Anders dagegen bei § 254; der von dem Schädiger verursachte Erfolg ist noch nicht ohne weiteres mit dem schuldhaften Verhalten des Verletzten aus der Welt geschafft, so daß dieses ex officio zu beachten wäre. Abzulehnen ist daher die Ansicht[2]), die das mitwirkende Verschulden als Einwand auffassen will. Eine Berücksichtigung von Amtswegen im Prozeß kann demnach nicht gutgeheißen werden. Wohl genügt es, daß die Behauptungen des Beklagten seine Absicht erkennen lassen, das eigene Verschulden zu verwerten[3]). Es ist beispielsweise unnötig, daß der Schädiger das Wort „Einrede" gerade gebraucht. Eine solche muß sich eben aus seinem ganzen Vorbringen ergeben. Wird die Einrede nicht bewiesen, so trifft den Beklagten die Beweislast; er hat in diesem Falle den Schaden zu tragen. Er wird in vollem Umfange zum Schadensersatz verteilt.

Die Beweislastverteilung in der eben dargelegten Weise erleidet aber dann eine Ausnahme, wenn zwischen den Parteien ein besonderes Schuldverhältnis besteht, auf Grund dessen der Schuldner nach § 282 BGB für seine Sorgfalt beweispflichtig ist[4]). Denn die spezielle Regelung muß vor der allgemeinen Berücksichtigung finden. Ist beispielsweise der Trainer eines

---

[1]) Leonhard Beweislast S. 318; ders. Allgem. Schuldrecht S. 195; RGK. § 254, 4. RGZ 61 S. 56; RG in JW 06 S. 85 ff; 09 S. 13 ff; RG in Gruchot 53 S. 917—18, RG in Jur. Rdsch. 29 Nr. 4; in LZ 1930 S. 180.

[2]) So z. B. Enneccerus-Lehmann § 12, 6 und Anm. 19; neuerdings auch Staudinger § 254, 4, anders früher; auch wohl von Leyden § 44; er spricht ausdrücklich davon, daß das mitwirkende Verschulden von Amtswegen zu berücksichtigen sei; RGZ 51 S. 193; 55 S. 321; 59 S. 311 RG im Recht 12 Nr. 26.

[3]) So zutreffend RG in Warn. Erg. Bd. 08 Nr. 608. RG in LZ 1930 S. 180; RGK § 254, 4.

[4]) So auch Leonhard Beweislast S. 319; Rosenberg Beweislast S. 406 ff. RGZ 58, S. 413; 61 S. 55, RG in Warn. Erg. Bde. 1908 Nr. 328; 1912 Nr. 61; RG in JW 1905 S. 392; RG im Recht 1917 S. 566.

Pferdes, der es übernommen hatte, dasselbe einzureiten, hierbei verletzt worden und klagt er nun nach § 833 gegen den Besitzer des Pferdes, so muß er, der Kläger, nachweisen, daß ihn bei der Erfüllung seines Werkvertrages kein Verschulden traf. Gelingt der Entlastungsbeweis, so bleibt es bei der uneingeschränkten Haftung des Beklagten. Kann der Beweis nicht erbracht werden, so findet § 254 Anwendung. Der Anspruch verringert sich oder wird aufgehoben.

§ 7.
4. Kapitel.

Das eigene Verschulden gegenüber der Haftung aus Reichshaftpflichtgesetz aus § 1.

Zahlreich sind die Fälle, wo der Unternehmer einer Eisenbahn, der auf Grund der Gefährdungshaftung des § 1 Reichshaftpflichtgesetz wegen Tötung oder Verletzung eines Menschen beim Betriebe derselben verklagt ist, einen Ersatzanspruch des Geschädigten ablehnt, weil diesen eigenes Verschulden treffe. Wie ist hier die Entscheidung zu fällen? Bei der Beantwortung dieser Frage ist von der gesetzlichen Formulierung auszugehen. Diese lautet, daß der Betriebsunternehmer für die Tötung oder Verletzung eines Menschen bei dem Betriebe einer Eisenbahn haftbar gemacht werden kann, wenn jener nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist. Schwierigkeiten bestehen bezüglich der Auslegung dieser Vorschrift. Soll sie nur aus sich selbst heraus verstanden werden oder ist bei der Auslegung § 254 ergänzend heranzuziehen? Die Entscheidung für diese oder jene Auffassung ist angesichts der praktischen Folgerungen von großer Wichtigkeit. Wollte man sich der wörtlichen Auslegung anschließen, so müßte bei jedem Verschulden des Geschädigten die Ersatzpflicht ohne weiteres fortfallen. Das Reichsgericht [1]) bekämpft derartige Ergebnisse. Es läßt § 254 auch für den Kreis des Reichshaftpflichtgesetzes zur Anwendung kommen. In der Begründung wird darauf hingewiesen, daß die Neuredaktion einer Anzahl von Reichsgesetzen im EG des BGB, darunter auch die in Artikel 42 vorgenommene des Reichshaftpflichtgesetzes, den ausgesprochenen Zweck habe, die Vorschriften dieser Gesetze mit dem bürgerlichen Gesetzbuche in Einklang zu bringen. Damit stelle sich das neue Recht zusammen mit dem in Artikel 32 EGBGB aufrecht erhaltenen bisherigen Reichs-

[1]) RGZ 53 S. 75, S. 394; 56, S. 155; 62 S. 147; 63 S. 333; Seuff. Arch. 81, S. 177; RG in JW 27 S. 1141, RGZ 51 S. 277 mit Hinweis auf die generelle Bedeutung des § 254.

recht als eine einheitliche Kodifikation dar. Daraus ergebe sich aber, daß die allgemeinen Bestimmungen des BGB auch die in Einzelgesetzen geregelten Rechtsmaterien erfassen, soweit nicht der besondere Zweck und gesetzgeberische Gedanke der letzteren dem entgegenstehe. Diese Berücksichtigung des BGB könne auch nicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen ausdrücklich in den Sondergesetzen auf die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches verwiesen werde. Wenn man die in § 254 ausgesprochene Abwägung der einzelnen bei dem Vorgange mitwirkenden Momente berücksichtige, so bedeute dies eine dem Zwecke des Reichshaftpflichtgesetzes entsprechende Ergänzung.

Diese Ansicht des Reichsgerichts hat vielfach Widerspruch gefunden [1]). Die Gegner [2]) begründen ihre Auffassung zunächst damit, daß in a. 42 EGBGB der § 254 nicht erwähnt sei. Diesem Einwande kann m. E. keine ausschlaggebende Bedeutung eingeräumt werden. Denn es kann die Bestimmung des Artikel 4 EGBGB dagegen angeführt werden. Es heißt hier, daß insoweit, als in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, die durch das Bürgerliche Gesetzbuch oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden, an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches oder dieses Gesetzes treten. In § 1 RHPfG. wird auf das eigene Verschulden verwiesen; dies ist durch die Bestimmung in § 254 BGB geregelt worden. Letztere ist daher anzuwenden.

Weiterhin wird auf die Entstehungsgeschichte hingewiesen; die zweite Kommission habe bei der Beratung des Artikels 42 die Verweisung auf § 254 im Reichshaftpflichtgesetz abgelehnt. Allein nach den Protokollen [3]) ließ man die Verweisung nur deshalb fort, weil man eine Uebernahme des Absatzes 2 für bedenklich hielt. Daraus ergibt sich, daß Absatz 1 des § 254 bei der Auslegung des RHPfG herangezogen werden kann. Aus der Entstehungsgeschichte könnten daher lediglich Zweifel bezüglich des Absatzes 2 Satz 1 hergeleitet werden. Einer unterschiedlichen Behandlung des Absatzes 1 und Absatzes 2 Satz 1 können wir aber nicht zustimmen, da positives Tun und Unterlassung als Arten der „Handlung" im weiteren Sinne aufzufassen, also gleichwertig sind. Der mit Hilfe der Artikel 4 und 42 EGBGB vorgenommenen Interpretation des § 1 RHPfG stehen daher keine Bedenken entgegen.

Schließlich sucht man noch auf anderem Wege zu dem Ergebnis zu gelangen, daß das Verschulden des Verletzten in RHPfG § 1 die Gefährdungshaftung der Eisenbahn ausschließen

[1]) So Eger S. 161, von Rutz a. a. O. S. 91; auch Schmidt Jahr. Dogm. 72, S. 78; Dungs in Gruchot 54 S. 550.

[2]) Besonders Eger a. a. O.; von Rutz a. a. O. [3]) Bd. VI S. 595.

müsse. Diese Schlußfolgerung wird aus der Vorschrift des § 850 III gezogen [1]). § 840 III lautet: „Ist neben demjenigen, der nach §§ 833–838 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Dritte allein verpflichtet". Hieraus sei zu entnehmen, daß der Dritte nach allgemeinen Regeln, also nur für Verschulden, haftbar sei. Weiter müsse man daher folgern, daß die Gefährdungshaftung einer Verschuldenshaftung gegenüber ausgeschlossen sei. Der in § 840 III ausgesprochene Satz habe allgemeine Bedeutung; er sei auf § 840 nicht zu beschränken, sondern auch auf § 254 auszudehnen. Demnach müsse der Ersatzanspruch gegen den, der auch für Zufall hafte, ausgeschlossen sein, wenn den Geschädigten ein Verschulden treffe. § 1 des Haftpflichtgesetzes enthalte eine Bestätigung dieses Grundsatzes und könne nur in diesem Sinne ausgelegt werden. Auch nach dieser Lehre hat § 254 für § 1 RHPfG keine Bedeutung. Es soll vielmehr umgekehrt der Wortlaut dieses Gesetzes und des § 840 III für alle Fälle konkurrierenden Verschuldens maßgebend sein, wo Gefährdungshaftung des Schädigers gegen ein Verschulden des Geschädigten vorliegt. Daß bei der Schadensverteilung in § 254 und § 840 III gleiche Grundsätze bestehen müssen, ist anzuerkennen [2]). Mit Recht weist Leonhard [3]) darauf hin, daß kein erheblicher Unterschied vorliege, wenn durch die Mitschuld zweier Personen eine Sache beschädigt werde, sei es nun, daß die Sache einer dieser Personen gehöre (Fall des § 254), oder aber einem Dritten. Doch sei entschieden gegen die Auffassung Stellung zu nehmen, nach der gemäß § 840 die Haftung immer ganz auf den schuldigen Teil fallen müsse. Diese Vorschrift sei vielmehr im Sinne des § 254 einzuschränken. Es sei abzuwägen, woraus der Schaden überwiegend erwuchs, und es sei dabei außer der Schuld auch die Gefährdungshaftung mit in Betracht zu ziehen. Nicht könne man sich zwar darauf stützen [4]), daß die in § 840 III angeführten Fälle unter sich nicht gleichartig seien und daß daher § 840 III zur analogen Anwendung nicht geeignet sei. Nach dem Ausgleichsgedanken des § 254 sei vielmehr § 840 III einzuschränken. Nicht nur der erwähnte innere Zusammenhang der beiden Vorschriften, sondern auch in hohem Maße die Billigkeit spräche dafür. Eine analoge Anwendung des § 840 III kann man nicht

[1]) Besonders Schmidt a. a. O.; gleichfalls Dungs a. a. O.; auch Meyer im Recht 1911 S. 153; RGZ 71, S. 8 OLGE im Recht 1910 Nr. 31 77.

[2]) So auch RGZ 71 S. 8; 75 S. 256; 84 S. 430; 1025 S. 32; RG in Gruchot 56 S. 585; RG in Warn. Erg. Bde. 1911 Nr. 394, in Warn. Erg. Bd. 1912 Nr. 12; OLGE in Seuff. Arch. 65 S. 401.

[3]) Allgem. Schuldrecht S. 729.

[4]) So aber RGZ 58, S. 332; RG in JW 15 S. 324.

ablehnen. Mag er sich auch auf verschiedenartige Tatbestände beziehen, so ist doch der Inhalt der Bestimmung insofern nicht singulär, als er für die §§ 833—838 eine einheitliche Regelung festsetzt. Zur Analogie wäre er daher geeignet. Doch darf man hierbei an der Bedeutung des § 254 nicht vorübergehen. Dieser, auf Grund seiner generellen Fomulierung für das ganze BGB maßgebend, muß bei allen anderen Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuche und solchen, die zu diesem in engen Beziehungen stehen, wie das Reichshaftpflichtgesetz, zur Ergänzung herangezogen werden. Daher ist nicht zu folgern, daß § 840 III und § 1 RHPfG den § 254 in der Weise modifiziert, daß bei Gefährdungshaftung der Ersatzanspruch durch Verschulden des Verletzten ausgeschlossen wird. Sondern umgekehrt ist das in § 254 ausgesprochene Prinzip auf § 840 und das Reichshaftpflichtgesetz auszudehnen[1]). Diese Auffassung wird auch der Billigkeit gerecht. Man muß, wie Leonhard[2]) zutreffend anführt, bei der Eisenbahn immer berücksichtigen, daß ihr Betrieb nicht nur besonders gefährlich, sondern auch gewinnbringend ist. Demgegenüber kann es nur gerecht erscheinen, wenn die Betriebsgefahr auf der einen Seite und die Schuld des Verletzten auf der anderen Seite gemäß § 254 abgewogen wird. Auch verwandte Reichsgesetze, wie Kraftfahrgesetz § 9 und Luftfahrtverkehrsgesetz § 20, haben sich durch ausdrückliche Berücksichtigung des § 254 diesem Grundsatz nicht verschlossen.

[1]) So auch die herrschende Meinung: Leonhard Allgemeines Schuld- S. 192; Oertmann § 254, 3; Staudinger § 254, 2 c, bb, γ; Ennecerus-Lehmann § 12, 4 und Anm. 12.

[2]) Leonhard a. a. O.

Lebenslauf.

Am 22. November 1908 wurde ich in Kassel als Sohn des Kaufmanns Arthur Schumann und seiner Ehefrau Sophie, geb. Schoppach geboren. Ich gehöre der evangelischen Kirche an. Von Ostern 1915 bis Ostern 1918 besuchte ich die städtische Vorschule zu Kassel; anschließend von Ostern 1918 bis März 1927 das Wilhelmsgymnasium in Kassel. Von der gleichen Schule wurde mir am 26. März 1927 das Zeugnis der Reife zuerkannt. Zum Studium der Rechtswissenschaft begab ich mich Sommersemester 1927 bis Sommersemester 1928 nach Marburg/Lahn. Wintersemester 1928/1929 und Sommersemester 1929 besuchte ich die Universität in München. Wintersemester 1929/30 kehrte ich nach Marburg zurück, um mich nach Abschluß des Wintersemesters 1930/31 zum Referendarexamen zu melden. Dieses bestand ich am 6. Juni 1931 vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel mit dem Prädikat „vollbefriedigend". Seit dem 13. November 1931 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht in Fritzlar, Bezirk Kassel, beschäftigt.

Am 19. Dezember 1931 bestand ich vor der Prüfungskommission der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg das juristische Doktorexamen „cum laude". Herrn Geheimrat Prof. Dr. Leonhard spreche ich für seine wertvollen Anregungen bei der Abfassung dieser Arbeit meinen besten Dank aus.

Wolfgang Schumann.